

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 143 (2024)

Artikel: Interessenabwägung im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Autor: Atamer, Yeim M.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1062084>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 28.03.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Interessenabwägung im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

YEŞİM M. ATAMER*

* Prof. Dr. iur. Dr. h.c., LL.M., ordentliche Professorin für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht sowie Rechtsvergleichung an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Ich danke meinem Lehrstuhl für den Einsatz bei der Überprüfung und Aufarbeitung der Fussnoten.

Inhaltsverzeichnis

A.	Einführung	347
B.	AGB als Paradigma von Interessenkonflikten	352
C.	Richterlicher Normkonkretisierungsauftrag in Art. 8 UWG	356
	I. Allgemeines	356
	II. Konkretisierung des objektiven Wertungsmassstabs	358
	III. Konkretisierung der missbräuchlichen Abweichung vom objektiven Wertungsmassstab	360
	1. Grad der Abweichung	360
	2. Entwicklung eines Bewertungskatalogs für die Feststellung missbräuchlicher Klauseln	361
D.	Grundsätze der Interessenabwägung	363
	I. Allgemein	363
	II. Abstrakte vs. konkrete Beurteilung	363
	III. Berücksichtigung des gesamten Vertrags	365
	IV. Beurteilungszeitpunkt	366
	V. Berücksichtigung von Drittinteressen	370
E.	Einzelne Abwägungskriterien	371
	I. Verfassungsrechtliche Wertungen	371
	II. Verhältnismässigkeit	373
	1. Allgemein	373
	2. Fallbeispiel: Kündigungserklärungen	374
	III. Schadensallokation nach ökonomischen Gesichtspunkten	376
	1. Beherrschung des Schadenpotentials	377
	2. Versicherbarkeit	378
	3. Überlegenheit bei der Risikotragung	378
	4. Fallbeispiel: Nicht autorisierte Zahlungsvorgänge	379
	IV. Kompensation	384
	1. Im Allgemeinen	384
	2. Fallbeispiel: Preisanpassungsklauseln	385
	3. Günstiger Preis als Kompensation	390
	4. Fallbeispiel: Verzicht auf Retrozessionen	391
F.	Schlusswort	393
	Literatur	396

A. Einführung

Die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit als grundlegende Wertentscheidungen unserer Privatrechtsgesellschaft geben den Parteien die Möglichkeit, ihren übereinstimmenden Willen im Vertrag durchzusetzen. So lange sie in dem vom zwingenden Recht festgelegten Rahmen bleiben, sind sie frei, ihr Rechtsverhältnis so zu gestalten, wie sie es wünschen (*stat pro ratione voluntas*). Sie sind grundsätzlich nicht verpflichtet, auf die Interessen der Gegenpartei oder von Dritten Rücksicht zu nehmen.¹ Grenzen werden dieser Freiheit nur dann gesetzt, wenn insbesondere Drittbelange (wie die öffentliche bzw. sittliche Ord-

1 Vgl. nur HONSELL, S. 298.

nung, die Wettbewerbsordnung, die Sicherheit des Rechtsverkehrs, der Institutionenschutz oder die Rechtsgüter der Allgemeinheit) durch den Vertrag über Gebühr in Mitleidenschaft gezogen werden.² Durch zwingendes Recht wird weiter die Entstehung des freien Willens (z.B. durch Bestimmungen zur Volljährigkeit, Willensmängel) geschützt oder aber in den Vertragsinhalt eingegriffen, weil infolge eines Marktversagens bzw. einer situativen/strukturellen Unterlegenheit der Wille einer Partei nicht oder nur begrenzt im vertraglichen Konsens reflektiert wird (z.B. durch Bestimmungen bzgl. Kontrahierungszwang, Informationsasymmetrien, Übervorteilung, Mieter- bzw. Arbeitnehmerschutz). Hier ist das ausgesprochene Ziel der Schutz der Vertragsparteien.³ Das zwingende Recht verhilft also einerseits durch Abwägung der Parteiinteressen der Verwirklichung der Austauschgerechtigkeit.⁴ Andererseits verfolgt es auch (immer mehr) verbundene bzw. unabhängige regulatorische Ziele wie Verhinderung eines Marktversagens, Umverteilung, Förderung von Gemeinschaftswerten bzw. Verhaltenssteuerung.⁵

Den zweiten und weitaus umfangreicheren Block der gesetzgeberischen Tätigkeit im Vertragsrecht bildet das dispositive Recht. Diese Vorschriften stellen das wichtigste Instrument des standardisierten Interessenausgleichs dar.⁶ Ihre Funktion liegt grundsätzlich in der «*angemessenen Ausformung der Postulate der ausgleichenden Gerechtigkeit*» (*iustitia commutativa*).⁷ Das Ergebnis eines Austauschs zwischen redlichen und vernünftigen Parteien wird verallgemeinert – die vertragsimmanenten Wertungen als Inbegriff inhaltlicher Äquivalenz in die Gesetzesnorm aufgenommen. Der Grund für den Erlass dispositiver Normen liegt vor allem in der sog. Infrastrukturfunktion des Rechts.⁸ Diese standardisierte «*Reserverchtsordnung*» ermöglicht es den Parteien, Verhandlungsprozesse zu kürzen und ihre Transaktionskosten zu senken, da sie darauf vertrauen dürfen, dass Vertragslücken durch objektiv gerechte Regeln gefüllt werden.⁹

2 Zu sog. negativen Externalitäten siehe WAGNER, S. 823; DEDUAL, S. 230 f. Vgl. allgemein zur Rolle zwingenden Vertragsrechts ABEGG, S. 11 ff.; REMIEN, S. 24 ff. und zur Hinterfragung des zwingenden Rechts als Regulierungsinstrument bzw. der richtigen Einsetzung von zwingendem Recht BECHTOLD, S. 47 ff.

3 RENNER, Zwingendes Recht, S. 166 ff.; DEDUAL, S. 231.

4 HELLGARDT, Regulierung, S. 79 ff.

5 Vgl. allgemein zur Regulierungsfunktion des Privatrechts HELLGARDT, Regulierung, S. 50 ff., 73 ff. Siehe auch CZIUPKA, S. 34 ff. Vgl. zur Förderung von Allgemeinwohlzielen durch das Privatrecht z.B. die Referate der Zivilrechtslehrertagung 2019 zum Gemeinwohl und Privatrecht in AcP 220 (2020), S. 453 ff.; MICKLITZ, S. 3 ff.; DAGAN, S. 644 ff. Vgl. zum zusammenhängenden Bedürfnis eines methodologischen Umdenkens im Privatrecht GRUNDMANN, S. 364 ff.

6 Siehe MAHLMANN, § 6 Rz 286 (typisierender, gerechter Interessenausgleich); MÖSLEIN, S. 111 ff.; HELLGARDT, Regulierung, S. 87; zur historischen Entwicklung vom dispositivem Recht ERNST, ZSR 2018 II, S. 26 ff.

7 CANARIS, *iustitia distributiva*, S. 43.

8 HELLGARDT, Regelungsziele, S. 124 ff.; CZIUPKA, S. 339 ff. (staatliche «*Serviceleistung*»); MÖSLEIN, S. 377 ff.

9 CZIUPKA, S. 339; MÖSLEIN, S. 33 ff.; ERNST, ZSR 2018 II, S. 61.

Doch dem dispositiven Recht kommt auch eine Leitbildfunktion zu, weil es gerade den Inbegriff eines gerechten Interessenausgleichs darstellt.¹⁰ Unter Umständen kann es somit als Kontrollmassstab für abweichende vertragliche Vereinbarungen in Frage kommen.¹¹

Weiter untermauert wird die Bedeutung der Interessenabwägung im Vertragsrecht durch diverse gesetzliche Aufträge an die Gerichte, im Konfliktfall die Entscheidung durch eine Abwägung der kollidierenden Interessen vorzunehmen. Sei es der Konkretisierungsauftrag in Generalklauseln, der immer auch eine Interessenabwägung involviert,¹² oder die Nutzung von wertungsbedürftigen Begriffen, wie z.B. das überwiegende schutzwürdige Interesse (Art. 356a Abs. 3; Art. 936b Abs. 3 OR), die Unverhältnismässigkeit (Art. 163 Abs. 3; Art. 368 Abs. 3; Art. 375 Abs. 1 OR), die wichtigen bzw. ausserordentlichen Verhältnisse (Art. 250; Art. 266g; Art. 297; Art. 373 Abs. 2 OR), die das Gericht dazu anhalten, im Rahmen von Art. 4 ZGB einen Interessenausgleich vorzunehmen¹³ – der Abwägungsentscheid ist ubiquitär.¹⁴ Gerichte müssen auf der Tatbestands- bzw. Rechtsfolgende die Interessen der Parteien eruieren, deren Gewichtung vornehmen und darüber entscheiden, wie konkrete Risiken und Chancen bzw. Lasten sowie Vorteile zwischen diesen Privatpersonen gerecht verteilt werden sollen.¹⁵

Entsprechend der Vorgabe des Schweizerischen Juristentages, wonach die Kurzreferate auch «für Praktikerinnen und Praktiker aus den verschiedenen Spezialbereichen des Rechts attraktiv» sein sollen, wird der Fokus in diesem Beitrag auf einen konkreten Anwendungsfall der Interessenabwägung im Vertragsrecht gelegt, nämlich die Abwägung im Rahmen der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) nach Art. 8 UWG. Die AGB-Kontrolle gemäss Art. 8 UWG ist geradezu ein Paradefall der Interessenabwägung im Vertragsrecht, da sie alle Komponenten vereinbart: Diese Bestimmung stellt eine zwingende Rechtsnorm dar, deren Hauptziel die Verwirklichung eines gerechten vertraglichen Interessenausgleichs ist.¹⁶ Ihr wichtigster Kontrollmassstab sind – wie noch zu sehen sein wird – die dispositiven Regeln, die wie-

10 ERNST, ZSR 2018 II, S. 50 ff.

11 So schon KRAMER, Krise, S. 55 ff.; BAUDENBACHER, S. 290 ff.; GIGER, S. 134 f.; siehe zur Leitbildfunktion auch MÖSLEIN, S. 35 ff.; CZIUPKA, S. 223 ff. Vgl. dazu, wie weit das dispositive Recht auch eine Verhaltenssteuerungs- bzw. Regulierungsfunktion haben kann, MÖSLEIN, S. 38 ff., 102 ff.; HELLGARDT, Regulierung, S. 84 ff.; CZIUPKA, S. 430 ff.; ERNST, ZSR 2018 II, S. 70.

12 BK-EMMENEGGER/TSCHECHTER, Art. 1 ZGB N 456; KRAMER/ARNET, S. 318 ff.

13 BK-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 4 ZGB N 308 ff.; KRAMER/ARNET, S. 320 ff. Beispiele wie Art. 272 Abs. 2 OR, in denen der Gesetzgeber eine Liste der zu berücksichtigen Interessen selbst vorgibt, sind eine Seltenheit.

14 Zur methodologischen Einordnung der Interessenabwägung DRUEY, S. 131 ff.; HUBMANN, S. 85 ff.

15 KODEK, S. 129; BK-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 4 ZGB N 282 ff.

16 Unten B.

derum das Destillat einer Interessenabwägung darstellen.¹⁷ Und zuletzt muss das Gericht die disputierten AGB-Klauseln im Rahmen der vertraglichen Beziehung unter Berücksichtigung der konkreten Interessen auswerten.¹⁸

Problematisch ist jedoch, dass Art. 8 UWG, anders als z.B. Art. 3 UWG, der zahlreiche Beispiele für unlauteres Verhalten auflistet und somit den Gerichten einen Leitfaden für die Beurteilung bietet, kein einziges Wort darüber verliert, wie die Interessen der Parteien festgestellt, abgewogen und ausgeglichen werden sollten, um missbräuchliche Klauseln zu verhindern. Trotz der Revision von Art. 8 UWG vor 12 Jahren¹⁹ fehlt bis heute jegliche bundesgerichtliche Rechtsprechung, in der eine offene AGB-Inhaltskontrolle²⁰ durchgeführt wird. Diese Situation unterscheidet sich eklatant von den meisten EU-Mitgliedstaaten, die seit dem Erlass der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln im Jahr 1993 (Klausel-RL)²¹ eine solche Inhaltskontrolle im *business-to-consumer* (b2c) Bereich, unter prägendem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung,²² weitläufig praktizieren.^{23, 24}

Angesichts der Tatsache, dass AGB auch in der Schweiz die Vertragsrealität flächendeckend bestimmen und wenigstens eine spärliche Zunahme kantonaler Urteile bezüglich einer offenen Inhaltskontrolle festzustellen ist,²⁵ besteht die Hoffnung, dass sich das Bundesgericht bald mehr mit Art. 8 UWG auseinandersetzen und dessen Anwendung konkretisieren wird. Ziel dieses Aufsatzes ist es,

17 Unten C.II.

18 Unten D und E.

19 Siehe zur Geschichte von Art. 8 UWG BRUNNER, Entwicklung, S. 13 ff.

20 Zum Begriff der offenen Inhaltskontrolle ausführlich KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 347 ff. Vgl. zur <verdeckten> Inhaltskontrolle durch die Ungewöhnlichkeitsregel und dessen Kritik KRAMER, recht 2023, S. 181; KOLLER, AJP 2008, S. 943 ff.; VISCHER, AJP 2014, S. 966; DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 30. Vgl. auch das Handelsgericht Zürich, das von einer verdeckten AGB-Inhaltskontrolle spricht: Urteil des Handelsgerichts Zürich HG150136-O vom 16. Dezember 2016, E. 8. Siehe zum Verhältnis der Ungewöhnlichkeitsregel zur offenen Inhaltskontrolle KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 834 ff.

21 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, zuletzt geändert durch Art. 1 RL (EU) 2019/2161 vom 27. November 2019. Für eine Bilanz von 30 Jahren Anwendung vgl. FORNASIER, ERPL 2023, S. 1143 ff.; zum Vorschlag, die Richtlinie mit einer Verordnung, die direkt in allen Mitgliedstaaten anwendbar wäre, zu ersetzen und somit den Unterschieden zwischen den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, der Rechtsunsicherheit sowie eine Zersplitterung des Binnenmarkts und ungleiche Wettbewerbsbedingungen in der Union vorzubeugen LEHMANN/BUSCH, S. 1175 ff.

22 Siehe zur Rechtsprechungsübersicht des EuGH KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 372–738; MüKo-BGB-FORNASIER, Vor § 305 N 35 ff.

23 Vgl. z.B. APPENZELLER, S. 122 ff., 131 ff.; BUSCH/LEHMANN (Hrsg.), u.a. S. 53 ff., 93 ff., 233 ff. Vgl. über Europa hinaus z.B. ATAMER/PICHONNAZ (Hrsg.), S. 105 ff., 185 ff., 293 ff., 561 ff.; VOGENAUER, S. 518 ff.

24 In manchen Ländern hatte dies auch einen spill-over-Effekt auf business-to-business (b2b)-Beziehungen gehabt. Dazu LEUSCHNER, Einleitung, N 60 ff.; WAIS/PFEIFFER, *passim*.

25 Vgl. z.B. Urteil des Kantonsgerichts Schwyz ZK1_2016_28 vom 2. Mai 2017, E. 3c; Urteil des Obergerichts Solothurn ZKBES.2021.105 vom 2. November 2021; Urteil des Handelsgerichts Zürich HG210223-O vom 21. Juni 2023, E. 7.3.4; Urteil des Obergerichts Zürich PP2300015 vom 19. Juli 2023, E. 3.1.

die Grundsätze für eine solche Konkretisierung zu erläutern, Abwägungskriterien darzulegen und anhand von Fallbeispielen deren Anwendung aufzuzeigen. Dabei ist ein Rückgriff auf die Rechtsvergleichung unvermeidbar.²⁶ Insbesondere die 30-jährige Praxis des EuGH und der Gerichte in den EU-Mitgliedstaaten ist hier von besonderer Bedeutung, da der Wortlaut von Art. 8 UWG auf die deutschsprachige Version von Art. 3(1) Klausel-RL zurückgeht²⁷ und somit eine wichtige Erkenntnisquelle auch für das schweizerische Recht darstellt.²⁸ Es werden vor allem die deutsche Rechtsprechung sowie Literatur konsultiert und teilweise auch das österreichische und englische Recht berücksichtigt.

Der Fokus der Untersuchung liegt auf b2c-Verträgen. Dies bedeutet jedoch nicht unbedingt, dass in b2b-Verträgen bei der Interessenabwägung andere Grundsätze gelten. In der Tat kann man heute bereits verfolgen, dass das Bundesgericht auch in b2b-Verträgen – allerdings im Rahmen der Ungewöhnlichkeitsbeurteilung – eine gewisse Kontrolle praktiziert.²⁹ Aus Platzgründen muss dieser Aspekt der AGB-Kontrolle jedoch ausgeklammert werden.³⁰ Auch die Diskussion, wann ein Konsumentenvertrag im Rahmen von Art. 8 UWG konkret gegeben ist, kann hier nicht weiter vertieft werden. Die Lehrmeinung, dass alle durch eine natürliche Person abgeschlossenen Verträge, die nicht ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden können, als Konsumentenverträge einzuordnen sind und der Inhaltskontrolle gem. Art. 8 UWG unterliegen, verdient vorbehaltlos Zustimmung.³¹

26 Zum Wert der Rechtsvergleichung in der Rechtswissenschaft sehr treffend BINGHAM, S. 6 (UK House of Lords): «*In keinem anderen Bereich des geistigen Schaffens – sei es in der Wissenschaft, der Medizin, der Philosophie, der Literatur, der Architektur, der Kunst, der Musik, dem Ingenieurwesen oder der Soziologie – würden Ideen oder Erkenntnisse abgelehnt werden, nur weil sie fremden Ursprungs sind. Wenn das Recht, wie die meisten von uns wohl gerne glauben würden, eine Humanwissenschaft ist, die das Ergebnis jahrhundertelanger intellektueller Bemühungen widerspiegelt, wäre es seltsam, wenn Praktiker und Akademiker allein auf diesem Gebiet gezwungen wären, Entwicklungen in anderen Bereichen zu ignorieren oder sie zumindest als ohne praktische Bedeutung zu betrachten. Ein solcher Ansatz kann unser Recht nur verarmen lassen, aber nicht bereichern.*» (Übersetzung DeepL). Siehe zur Rolle der Rechtsvergleichung in der Entscheidungsfindung KADNER GRAZIANO. Siehe S. 11 ff.; SCHMID/ZBINDEN, S. 65 ff.; ANDENAS/FAIRGRIVE (Hrsg.), *passim*.

27 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), BBl 2009 6151 ff., S. 6179 («*Der neu formulierte Buchstabe b stützt sich nun in seinem Wortlaut auf Artikel 3 der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln*»).

28 Siehe allgemein zur Rolle des EU-Rechts als Erkenntnisquelle für die Auslegung schweizerischen Rechts, soweit es sich diesem anlehnt: BGE 124 II 193, 203, E. 6a; BGE 129 III 335, 350, E. 6; BGE 137 III 226, 229, E. 2.2; BGE 138 II 251, 259, E. 2.5.1; BGE 139 I 72, 89, E. 8.2.3; BGE 143 II 297, 327, E. 6.2.3; BGE 144 III 285, 291, E. 2.2.2; Urteil des BGer 2C_149/2018 vom 4. Februar 2021, E. 3.1; Urteil des BGer 2C_43/2020 vom 21. Dezember 2021, E. 4.4. Dazu auch OESCH, Rz 109 ff. Vgl. zu Art. 8 UWG unten C/III.

29 Siehe z.B. BGE 138 III 411, 415, E. 3.5; Urteil des BGer 4A_499/2018 vom 10. Dezember 2018, E. 3.3.1 f.

30 Vgl. dazu WILDHABER, S. 545; LOACKER, Preisanpassungsklauseln, S. 160; KRAMER, ZSR 2018 I, S. 323.

31 So z.B. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG210223-O vom 21. Juni 2023, E. 7.3.4.1; DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 119 ff.; HUG, La formation, Rz 678; KOLLER, AJP 2014, S. 25 ff.; KRA-

B. AGB als Paradigma von Interessenkonflikten

AGB werden regelmässig in Massenverträgen eingesetzt, um eine gewisse Rationalisierung und Standardisierung des Vertragsschlusses sowie der Vertragsdurchführung zu erreichen.³² Dienstleistungsanbieter, Banken, Versicherungs- und Transportgesellschaften und ähnliche Unternehmen können dadurch vermeiden, bei jeder Transaktion einen neuen Vertrag auszuhandeln. AGB ersparen der Unternehmerin Zeit und Auslagen einer mühsamen Verhandlung und senken somit überflüssige Transaktionskosten.³³ Sie erleichtern der Verwenderin³⁴ die Berechnung von vertragsverbundenen Risiken wie die Folgen einer Vertragsverletzung und deren prozessrechtliche Aufarbeitung. Auch die organisatorischen Risiken können reduziert werden, da alle Verträge zentral verwaltet werden und eine abweichende Bestimmung des Vertragsinhalts durch die Vertreter der Verwenderin somit ausgeschlossen wird. Oft kann auch bei atypischen bzw. komplexen Verträgen, sofern dispositives Recht nicht passt bzw. ausreicht, mithilfe von AGB dem Bedarf nach ausführlichen Vertragsregeln entsprochen werden. Änderungen in AGB werden wiederum mittels Vertragsanpassungsklauseln vorgenommen, so dass für Tausende von Verträgen nur einmal die nötigen Anpassungen ausgearbeitet werden, welche dann durch Genehmigungsfiktionen durchgesetzt werden. Die Verwenderinnen profitieren in grossem Ausmass vom Skaleneffekt.

Obwohl dies alles legitime und schutzwürdige Interessen auf Seiten der Verwenderin darstellen, zieht die AGB-Nutzung auf der Seite der Konsumenten gravierende negative Folgen nach sich. Die Interessen der Konsumenten werden in AGB systematisch und weitestgehend ignoriert, indem z.B. alle mit dem Vertrag verbundenen Risiken auf den Kunden abgewälzt werden, die Rechtsbehelfe sowie die Haftung eingegrenzt und die Rechtsdurchsetzung erschwert wird.³⁵ AGB weichen systematisch zu Lasten der Kunden vom dispositiven Recht ab und tragen damit den Interessen der Unternehmerin auf unangemessene Weise Rechnung.³⁶

MER/PROBST/PERRIG, Rz 794; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8 N 131, 137; ABEGGLEN/COENDET/GROSS, S. 102 f.; ROBERTO/WALKER, S. 56 f.; SCHMID, ZBJV 2012, S. 9; SETHE, Rz 8.101; CHK-FERRARI HOFFER/VASELLA, Art. 8 UWG N 2; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 79 ff.; WIDMER, Rz 321; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz 46.04; AESCHIMANN, Rz 423 ff.; ATAMER/FURGER, SZW 2024, S. 141 ff. Offengelassen zuletzt im Urteil des BGer 4A_54/2021 vom 28. Oktober 2021, E. 6.4.2; für eine enge Auslegung hingegen HESS/RUCKSTUHL, S. 1196.

32 Vgl. ATAMER, FS Koller, S. 37; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 7; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 2; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8 N 14; MüKoBGB-FORNASIER, Vor § 305 N 1 ff. Für eine historische Aufarbeitung siehe HELLWEGE, S. 21 ff.

33 MORIN, S. 502; zum Begriff siehe EIDENMÜLLER, S. 93 ff.; MATHIS, S. 75 f.

34 Im Folgenden wird für die Anbieterseite (AGB-Verwenderin) die weibliche und die Konsumenten- bzw. Kundenseite die männliche Form genutzt.

35 KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 5; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8 N 16; BRUNNER, AGB, S. 130; FORNASIER, Markt, S. 155 f.

36 Vgl. z.B. aus der Praxis: «[...] ist berechtigt, die Preise an die Teuerung anzupassen, ohne dass dabei dem Kunden ein ausserordentliches bzw. vorzeitiges Kündigungsrecht zusteht»; «Führt die Bank Aufträge nicht, mangelhaft oder verspätet aus und verletzt sie dabei die geschäfts-

Es bedarf einer Erklärung, warum Konsumenten solche Klauseln überhaupt annehmen.³⁷ Auf einem Konkurrenzmarkt wie demjenigen für Banken, Versicherungen oder den Detailhandel könnte man von Konsumenten erwarten, dass sie sich über die Qualität sowie den Preis von Gütern und die Geschäftsbedingungen informieren, diese Informationen vergleichen und somit die passendste Variante aussuchen. Im Idealmodell der vollkommenen Konkurrenz (*perfect competition*)³⁸ würde der Wettbewerb eine regulierende Wirkung entfalten, sodass sich ein gesetzlicher Schutz vor Fremdbestimmung erübrigt.³⁹ Die Parteien würden die vertraglichen Risiken effizient und somit auch fair zuordnen, da sie beide vollständig informiert wären und somit den gemeinsamen Überschuss (*surplus*) nicht senken wollen.⁴⁰ Auch wäre es dem Konsumenten immer möglich, auf Konkurrenten auszuweichen und damit einen Konditionenwettbewerb anzukurbeln.

Es ist heute jedoch unstrittig, dass in Konsumentenverträgen⁴¹ die AGB-Kenntnisnahme sowie der Vergleich wegen zu hoher Informationskosten unterbleibt.⁴² Dem Konsumenten wird durch die Verwendung von AGB die Möglichkeit genommen, sich auf die im dispositiven Recht reflektierte gerechte Lösung zu verlassen. Stattdessen wird ihm auferlegt, missbräuchliche Klauseln in verschiedenen AGB zu erkennen und nach besseren Alternativen auf dem Markt zu suchen oder mit verschiedenen Anbietern zu verhandeln.⁴³ Die Informationsgewinnung durch den Konsumenten (*screening*) sowie die Informationsaufdeckung durch die Verwenderin (*signalling*) kann nicht funktionieren,⁴⁴ da die Informationsaufarbeitung im Vergleich zum Vertragswert zu kostspielig

übliche Sorgfalt, so trägt sie lediglich den Zinsausfall. Wird der Bank die drohende Gefahr eines weiteren Schadens rechtzeitig angezeigt, so kann der Kunde allfälligen weiteren Ersatz geltend machen»; «Die Haftung richtet sich nach den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Allerdings haften [...] bzw. der Händler in keinem Fall für (i) leichte Fahrlässigkeit, (ii) indirekte und mittelbare Schäden und Folgeschäden und entgangenen Gewinn, (iii) nicht realisierte Einsparungen, (iv) Schäden aus Lieferverzug sowie (v) jegliche Handlungen und Unterlassungen der Hilfspersonen von [...] oder der Hilfspersonen eines Händlers, sei dies vertraglich oder ausservertraglich».

37 Siehe dazu z.B. DEDUAL, S. 234 f.; ATAMER, FS Koller, S. 41 ff.

38 DIEBOLD/RÜTSCH, § 1 Rz 90 ff.

39 LEUSCHNER, AcP 207 (2007), S. 499.

40 LEYENS/SCHÄFER, S. 780. Vgl. unten E. III zu den bestimmenden Faktoren der effizienten Risikoverteilung.

41 Siehe dazu, wieweit diese Argumente auch in b2b-Verträgen von Bedeutung sind, z.B. SOMMERFELD, S. 371 ff.; LEUSCHNER, AGB-Recht, S. 9 f., 221 ff., 287.

42 Im Detail MCCOLGAN, S. 48 ff.; siehe auch MÜKoBGB-WURMNEST, § 307 N 45; LEYENS/SCHÄFER, S. 783 f.; MORIN, S. 503 f.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 13; FORNASIER, Markt, S. 164 ff.; KÖTZ, JuS 2003, S. 211 ff.; HENNIGS, S. 63 ff.; ATAMER, FS Koller, S. 41 ff.; JENTSCH, SZW 2020, S. 111 ff. Vgl. dazu schon STICHER, S. 54 ff. Vgl. zur Diskussion, ob die Verwenderin eine Machtposition innehat oder nicht, z.B. HERRESTHAL, S. 183 f.; RENNER, Machtbegriff, S. 521 ff.

43 BELSER, S. 394.

44 Vgl. zur Rolle von Informationsbeschaffung und Informationsaufdeckung zum Abbau von Informationsasymmetrien SCHMOLKE, Rz 277 ff. und 283 ff.

ist und der Konsument nie von einem Skaleneffekt profitieren kann.⁴⁵ Die wirtschaftliche Vernunft gebietet also, sich insbesondere bei Verträgen mit geringem Wert nicht mit den AGB (*accidentalia negotii*) auseinanderzusetzen.⁴⁶ Der Konsument handelt somit in einer rationalen Ignoranz.⁴⁷ Es entsteht eine Heuristik des Nichtlesens.⁴⁸

Diese unüberwindbare Informationsasymmetrie bei Konsumenten-AGB verursacht ein klassisches Marktversagen.⁴⁹ Das Nichtlesen der Konsumenten verführt die Verwenderin dazu, durch missbräuchliche AGB-Klauseln eine höhere Produzentenrente zu erzielen. Es kommt zu einem sog. Verschlechterungswettbewerb (*race to the bottom*), da kundenfreundliche AGB infolge negativer Auslese eliminiert werden.⁵⁰ Der Marktmechanismus kann keine Lösung für das Problem bieten, so dass alle AGB auf dem Markt die Interessen der Konsumenten ausblenden und nur diejenigen der Verwenderin verfolgen. Aus ökonomischer Sicht ist es daher erforderlich, dass der Staat diesem Marktversagen durch geeignete Regulierung entgegensteuert, um die Interessen der Parteien auszugleichen und eine Mindestqualität von AGB-Klauseln zu garantieren.⁵¹

Nun stand auch dieser in die Wiege der AGB-Nutzung gelegte Interessenkonflikt schon bei der Abfassung des deutschen Gesetzesentwurfes zur Regelung des Rechts der AGB im Jahre 1975 im Vordergrund.⁵² Die vorgeschlagene Generalklausel zur Inhaltskontrolle hatte zunächst folgenden Inhalt (§ 7 ABGB-Vorschlag):

«Grundsatz des angemessenen Interessenausgleichs

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie die Interessen der an dem Vertrag Beteiligten nach den Geboten von Treu und Glauben

45 LEYENS/SCHÄFER, S. 783 f.

46 HOLTZ, S. 87; SCHÄFER/OTT, S. 619; WAGNER, S. 832 ff.

47 KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 7; DEDUAL, S. 235; MCCOLGAN, S. 115 ff.; HEISS/LOACKER, Rz 2.57; HUG, La formation, Rz 205.

48 MCCOLGAN, S. 141. Die Erwartung des Bundesgerichts, dass die Konsumenten Klauseln lesen würden, falls diese z.B. durch Fettdruck gesondert auf diese aufmerksam gemacht würden (BGE 138 III 411, 414, E. 3.5), entspricht nicht den Lebensgegebenheiten.

49 Vgl. zum Begriff des Marktversagens allgemein und bedingt durch asymmetrische Information im Besonderen DIEBOLD/RÜTSCH, § 1 Rz 165 ff. und 199 ff. Siehe bezogen auf AGB BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 14 f.; HEISS/LOACKER, Rz 2.57; JENTSCH, recht 2020, S. 75; MüKo-BGB-FORNASIER, Vor § 305 N 4 ff.; MCCOLGAN, S. 47 ff.; KÖTZ, JuS 2003, S. 209, 212 ff.; HENNIGS, S. 63 ff.

50 KÖTZ, JuS 2003, S. 213; LEYENS/SCHÄFER, S. 784; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 15; ATAMER, FS Koller, S. 42.

51 KÖTZ, JuS 2003, S. 213; DEDUAL, S. 235 f. Die rationale Ignoranz der Konsumenten gegenüber AGB bedeutet aber nicht, dass die Nutzung widerrechtlicher AGB selbst keine Wettbewerbsverletzung darstellt. Das Einsetzen von AGB, die Art. 8 UWG verletzen, stellt im Sinne von Art. 2 UWG ein unlauteres Geschäftsgebahren dar, das geeignet ist, die Interessen der Mitbewerber und sonstiger Marktteilnehmer zu beeinträchtigen. Siehe dazu ATAMER, FS Koller, S. 53 ff. Siehe für alternative Methoden, auf konsumentenfreundlichere AGB hinzuwirken, ATAMER, MLR 2017, S. 624 ff.

52 BT-Drs. 7/3919, 06.08.1975, S. 1.

nicht angemessen ausgleichen. (2) Ein **angemessener Interessenausgleich** ist im Zweifel nicht anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundsätzen der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.»

In der endgültigen Version des im Jahre 1976 erlassenen Gesetzes (Art. 9 Abs. 1 AGBG) wurde zwar die Formulierung dahingehend geändert, dass Bestimmungen in AGB unwirksam sind, «wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen» (bis heute gleichbleibend in § 307 Abs. 1 BGB), doch die Kernproblematik der sich widersprechenden Parteiinteressen und deren Ausgleich ist Fokus der AGB-Kontrolle geblieben.⁵³ Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) sieht z.B. eine Unangemessenheit immer dann als gegeben an, «wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen».⁵⁴

Ebenfalls unterstrich der schweizerische Gesetzgeber anlässlich der Einführung von Art. 8 aUWG im Jahre 1983 in der Botschaft den Aspekt des Interessenausgleichs:

«Einseitig zugunsten des Vertragsredaktors konzipierte Abweichungen von der gesetzlichen Regelung, die im Normalfall einen **gerechten Interessenausgleich** verwirklicht, stellen die Grundvoraussetzungen privatautonomer Rechtsgestaltung in Frage und gefährden das Funktionieren unserer liberalen Rechtsordnung. Die AGB treten an Stelle des staatlichen Gesetzes, dessen Funktion sie faktisch übernehmen, ohne aber seine demokratische Legitimität zu besitzen. Es entsteht eine «Gesetzgebung ohne Gesetzgeber», ein parteiliches Recht. [...]

Artikel 8 erfasst als Unlauterkeitstatbestand neu die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), die einseitig zum Nachteil einer Vertragspartei vom gesetzlich **vorgezeichneten Interessenausgleich** erheblich abweichen.»⁵⁵

Nicht anders lässt sich Art. 3 der im Jahr 1993 erlassenen Klausel-RL⁵⁶ interpretieren. Auch sie begründet den Eingriff in AGB mit dem Gedanken der

53 Siehe dazu, dass in dieser kein wesentlich sachlicher Unterschied liegt, MüKoBGB-WURMNEST, § 307 N 35; vgl. auch Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 107 ff.; Erman-LOOSCHELDERS, § 307 N 10 ff.

54 BGH, Urteil vom 4. Juli 2013 – VII ZR 249/12, NJW 2013, S. 2502 ff., Rz 23 (Haftungsbegrenzung im Textilreinigungsvertrag).

55 Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, BBl 1983 II 1009 ff., S. 1052 und 1071. So auch Botschaft UWG 2009 (Fn. 27), S. 6179: «im Hinblick auf das Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten [...] einer Bewertung nach Treu und Glauben zu unterziehen. Hierfür ist eine umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen des Verwenders der AGB und des Vertragspartners vorzunehmen».

56 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, zuletzt geändert durch Art. 1 RL (EU) 2019/2161 vom 27. November 2019.

Interessenabwägung: Die Missbräuchlichkeit ergibt sich aus dem «Missverhältnis» zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Vertragspartner.⁵⁷ Das Gericht muss hierfür eine umfassende Würdigung und Abwägung der wechselseitigen Interessen durchführen und dabei Gegenstand, Zweck und Eigenart des Vertrags berücksichtigen.

C. Richterlicher Normkonkretisierungsauftrag in Art. 8 UWG

I. Allgemeines

Art. 8 UWG legt die Grundlage für die Inhaltskontrolle einzelner AGB-Klauseln in b2c-Verträgen. Die Vorschrift ist als Generalklausel konzipiert⁵⁸ und bestimmt das Schutzziel (Verhinderung eines Nachteils für Konsumenten) sowie die Schwelle für Eingriffe in AGB (in Treu und Glauben verletzender Weise erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis). Wie bei jeder Generalklausel obliegt somit dem Gericht ein Konkretisierungsauftrag.⁵⁹ In Art. 8 UWG handelt es sich zuerst um die Aufarbeitung des Wertungsmassstabs, an dem die jeweilige AGB-Klausel gemessen wird. Gleichzeitig stellt aber Art. 8 UWG einen Anwendungsfall von Art. 4 ZGB dar, da nach Festlegung des Massstabs bestimmt werden muss, ob die davon abweichende fragliche AGB-Klausel ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien verursacht. Unabhängig von der Diskussion, wie weit der richterliche Auftrag im Rahmen von Art. 1 Abs. 2 ZGB im Vergleich zu Art. 4 ZGB in seiner methodischen Ausrichtung parallel ist und somit

57 Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 106. Die richterliche Kontrolle und somit die Interessenabwägung umfasst hingegen gemäss Art. 4 Klausel-RL «weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen». Der Grund dafür liegt auf der Hand: Anders als bei AGB sind der Preis, die Leistung und das PreisLeistungsverhältnis in der Regel salient, so dass hier der Marktmechanismus funktioniert. Wann immer aber Preisklauseln nicht transparent formuliert sind und somit der Vergleich mit anderen Preisen auf dem Markt nicht möglich ist, bietet die AGB-Inhaltskontrolle erneut den einzigen Weg zu einem ausgewogenen Vertrag. Auch alle Klauseln, die nur eine «Preisnebenabrede» darstellen, sind kontrollfähig (vgl. oben Fn. 36 für eine Preisanpassungsklausel). Gemäss EuGH sind dies «[...] Klauseln mit akzessorischem Charakter gegenüber denen, die das Wesen des Vertragsverhältnisses selbst definieren [...]» (EuGH C-776/19 bis C-782/19 vom 10. Juni 2021, *BNP Paribas*, ECLI:EU:C:2021:470, Rz 52; siehe auch EuGH C-621/17 vom 3. Oktober 2019, *Gyula Kiss*, ECLI:EU:C:2019:820, Rz 32; C-143/13 vom 26. Februar 2015, *Bogdan Matei*, ECLI:EU:C:2015:127, Rz 54). Siehe dazu ausführlich ATAMER, MLR 2017, S. 627 ff.; ATAMER/FURGER, S. 143 ff.; Urteil des BGer B 160/06 vom 7. November 2007, E. 6.2; DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 163 ff.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 13; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 94. Zum deutschen Recht MüKo-BGB-WURMNEST, § 307 N 17 ff.; BGH, Urteil vom 23. August 2018 – III ZR 192/17, NJW 2019, S. 47 ff., Rz 15 ff.

58 KRAMER, recht 2023, S. 183.

59 Zu Generalklauseln siehe BK-EMMENEGGER/TSCHECHTER, Art. 1 ZGB N 367; KRAMER/ARNET, S. 88, 219, 314 ff.; allgemein RÖTHEL, S. 7 ff.

die Konkretisierung von Generalklauseln und Ermessensentscheiden auch *modo legislatoris* zu geschehen hat,⁶⁰ muss unterstrichen werden, dass im Rahmen der AGB-Inhaltskontrolle die Entscheidungsfindung nicht von Fall zu Fall kasuistisch bzw. dezisionistisch sein kann. Da gleiche bzw. ähnliche Klauseln auch in vielen anderen AGB von unterschiedlichen Verwenderinnen genutzt werden, müssen die Wertungskriterien verallgemeinerungsfähig sein.⁶¹ Dies ist zugleich eine Folge des Rechtsgleichheitsgebots, an welches das Gericht gebunden ist.⁶² Genau wie bei der *modo legislatoris*-Gesetzesergänzung spielt die Berechenbarkeit künftiger Urteile auch bei der AGB-Kontrolle eine sehr wichtige Rolle.⁶³ Es werden nicht nur Kriterien für eine Kontrolle im konkreten Fall, sondern auch für zukünftige, ähnlich gelagerte Fälle aufgestellt.

Fraglich ist, ob die rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers, Art. 8 UWG lediglich rudimentär auszuformulieren, richtig war. Der grosse Vorteil von Generalklauseln liegt sicherlich darin, dem Rechtsanwender eine gewisse Flexibilität zu geben, auf gesellschaftliche Entwicklungen und sich wandelnde Wertvorstellungen zu reagieren.⁶⁴ Doch anders als Begriffe wie «Sittenwidrigkeit» oder «öffentliche Ordnung» (Art. 19/20 OR) handelt es sich bei Art. 8 UWG um eine Grenze der Vertragsfreiheit, die in vielerlei Hinsicht einer Konkretisierung sehr wohl zugänglich wäre.⁶⁵ AGB-Klauseln behandeln oft detaillierte, technische Fragen der Vertragsgestaltung, Erfüllung sowie Nichterfüllung. Die Erklärung in der Botschaft, dass im Rahmen von Art. 8 UWG eine gewisse Offenheit unumgänglich ist, «um all diesen Erscheinungsformen von AGB gerecht zu werden und um auch längerfristig eine angemessene Überprüfung derselben gewährleisten zu können»,⁶⁶ ist ein Scheinargument, das die Bandbreite der Normkonkretisierung ausser Acht lässt. Eine vollständige gesetzliche Ausformulierung aller möglichen missbräuchlichen Klauseln ist natürlich nicht vorstellbar, doch eine Liste mit den wichtigsten Beispielen von missbräuchlichen Klauseln würde den Gerichten (und auch der Kautelarpraxis) die nötige Rechtssicherheit bieten.⁶⁷ Art. 8 UWG ist in dieser Hinsicht ein Paradebeispiel für die von MEIER-HAYOZ kritisierte Haltung des Gesetzgebers, seine strategische Verantwortung nicht wahrzunehmen. Demnach entzieht sich der Gesetzgeber dieser Verantwortung «[...], wenn er den Richter über seine

60 Siehe dazu ausführlich KRAMER/ARNET, S. 314 ff.; siehe auch BK-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 4 ZGB N 273 ff.; BSK ZGB I-FOUNTOLAKIS/HONSELL, Art. 4 N 102; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 469; siehe auch RÖTHEL, S. 148 ff.

61 HUG, La formation, Rz 1632; KRAMER/ARNET, S. 322.

62 KRAMER/ARNET, S. 316; BK-MEIER-HAYOZ, Art. 4 ZGB N 21; BK-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 4 ZGB N 336 ff.

63 Vgl. BSK ZGB-FOUNTOLAKIS/HONSELL, Art. 4 N 9.

64 Siehe dazu KRAMER/ARNET, S. 82 ff.

65 Eine Verknüpfung von Generalklausel mit detaillierten Einzeltatbeständen ist z.B. auch in Art. 2 und 3 UWG der Fall. Siehe auch KRAMER/ARNET, S. 85 f.

66 Botschaft UWG 2009 (Fn. 27), S. 6179.

67 Vgl. aber ERNST, AGB, Rz 6.7.

*Strategie im unklaren lässt. Dies geschieht nicht nur dann, wenn er grundlegende Normierungen überhaupt unterlässt, sondern weitgehend schon dann, wenn er durch sogenannte offene Gesetzgebung mittels Blankettnormen und Generalklauseln zentrale rechtspolitische Konkretisierungsaufgaben auf den Richter abschiebt».*⁶⁸

Im Weiteren soll untersucht werden, wie Gerichte diese vom Gesetzgeber auf sie übertragene schwierige Aufgabe im Rahmen von Art. 8 UWG bewältigen können. Zur Konkretisierung von Art. 8 UWG muss in einer zweistufigen Angemessenheitsprüfung erst bestimmt werden, wie in dem von der fraglichen AGB-Klausel geregelten Sachverhalt die Rechte und Pflichten der Parteien idealerweise verteilt wären.⁶⁹ Zunächst muss der objektiv ausgewogene Zustand bzw. der Wertungsmassstab für diesen Vertragstyp festgestellt werden. Es geht vorerst um die Ermittlung des normativen Leitbilds; der Regelung, die ohne die fragliche AGB-Klausel auf den gleichen Tatbestand angewandt werden würde. Erst danach kann bewertet werden, ob die AGB-Klausel im konkreten Fall so stark vom Wertungsmassstab abweicht, dass eine Missbräuchlichkeit im Sinne von Art. 8 UWG vorliegt. Eine Interessenabwägung ist beiden Schritten immanent: Sowohl der Festlegung der objektiv gerechten Interessenverteilung als auch der Beurteilung der subjektiv konkreten AGB-Klausel.⁷⁰

II. Konkretisierung des objektiven Wertungsmassstabs

Obwohl die heutige Fassung von Art. 8 UWG nicht die in Art. 8 aUWG⁷¹ vorgegebene Messlatte der «*unmittelbar oder sinngemäss anwendbare[n] gesetzliche[n] Ordnung*» bzw. die «*Vertragsnatur*» übernimmt, wird in der Lehre⁷² und den wenigen kantonalen Entscheiden zu Art. 8 UWG⁷³ vertreten, dass daraus kein Verbot abgeleitet werden kann, die gesetzliche Ordnung weiterhin zur Bestimmung des Missverhältnisses heranzuziehen. Dieser Ansicht ist vor-

68 MEIER-HAYOZ, JZ 1981, S. 422 f.

69 Siehe zur Methodik auch CHK-FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 8 UWG N 5 ff.; WIDMER, Rz 256 ff.; Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 107 f.; Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 98 ff.

70 Vgl. Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 107 f.; Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 98 f.

71 (Altes) Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19.12.1986 (Stand vor dem 1. Juli 2012).

72 SCHMID, AGB, S. 209 ff.; ABEGGLEN/COENDET/GROSS, S. 103; DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 193 ff.; HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz 635 f.; KRAMER, recht 2023, S. 186; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 759; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 436; SCHMID, ZBJV 2012, S. 11 f.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 126 ff.; VISCHER, AJP 2014, S. 976; BUFF, S. 254 f.; FURRER, S. 327; MITROVIC, Rz 293; WIDMER, Rz 263 f.; WAYGOOD-WEINER, S. 279 f.; AESCHIMANN, Rz 387, 461; COENDET, S. 64; MAISSEN, Rz 318; CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 8 N 6; WALKER, S. 140 f.; a.M. etwa HESS/RUCKSTUHL, S. 1197; KUT/STAUBER, Rz 120.

73 Siehe Urteil des Kantongerichts Schwyz ZK1_2016_28 vom 2. Mai 2017, E. 3c/aa; Urteil des Handelsgerichts Zürich HG210223-O vom 21. Juni 2023, E. 7.3.4.3.

behaltslos zuzustimmen. Die AGB-Kontrolle darf nicht im «rechtsfreien» Raum geschehen und, wie oben dargelegt, ist das Gericht angehalten, objektivierbare Wertungskriterien offenzulegen. Unabhängig davon, ob man ihren Legitimationsgrund im «gerechten Interessenausgleich», der dem Gesetzgeber vorschwebte, oder aber im «hypothetischen Parteiwillen», d.h. was redliche und vernünftige Parteien regelmässig vereinbaren, sieht, sind dispositive Rechtsregeln objektive Kriterien *par excellence*.⁷⁴ Es sind gesetzliche Ordnungskriterien, die naturgemäss als Leitbild der Inhaltskontrolle dienen müssen, soweit sie den Tatbeständen des Sachverhalts entsprechen. Dieser Ansatz stimmt auch mit der EuGH-Auslegung von Art. 3 Klausel-RL überein. Demnach sind «für die Feststellung, ob eine Klausel ein «erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis» der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner zum Nachteil des Verbrauchers verursacht, insbesondere diejenigen Bestimmungen zu berücksichtigen [...], die im nationalen Recht anwendbar sind, wenn die Parteien keine Vereinbarung in diesem Sinne getroffen haben».⁷⁵

Eine dispositive Gesetzesbestimmung kann sowohl bei Innominat- als auch manchmal bei Nominatverträgen fehlen.⁷⁶ Auch bei Kombinationen oder Modifikationen gesetzlich normierter Vertragstypen mag dies der Fall sein. Sollten die Voraussetzungen einer analogen Anwendung nicht gegeben sein bzw. keine allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen, so hat das Gericht zuerst eine der Vertragsnatur entsprechende, angemessene Verteilung von Rechten und Pflichten vorzunehmen und somit den Referenzmassstab selbst zu entwickeln.⁷⁷ Auch hier dient Art. 8 aUWG weiterhin als Vorbild. Verlangt wird eine generalisierende und typisierende Betrachtung, die eine aus Natur und Zweck des Vertrags abzuleitende Interessenabwägung vornimmt, sowie vertragstypischen Gerechtigkeitserwartungen entspricht.⁷⁸ Bei Fehlen eines an-

74 So schon im Rahmen der Konkretisierung des Begriffs der «öffentlichen Ordnung» BK-KRAMER, Art. 19/20 OR N 157 ff.; CANARIS, AcP 200 (2000), S. 285; KÖTZ, S. 290.

75 EuGH C-405/21 vom 13. Oktober 2022, *Nova Kreditna*, ECLI:EU:C:2022:793, Rz 21; siehe auch EuGH C-421/14 vom 26. Januar 2017, *Banco Primus*, ECLI:EU:C:2017:60, Rz 59; EuGH C-415/11 vom 14. März 2013, *Aziz*, ECLI:EU:C:2013:164, Rz 68. Vgl. auch EU-Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. C 323 vom 27.09.2019, S. 4, 31 f.

76 Vgl. zum fragmentarischen Charakter dispositiven Rechts ERNST, AGB, Rz 6.10 f.

77 DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 205; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 128; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 436; Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 N 238; vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1153c; BUFF, S. 255; MITROVIC, Rz 293; KOLLER, Bankrechtstagung, S. 40; MAISEN, Rz 318.

78 Die objektive Ungewöhnlichkeitsuntersuchung des Bundesgerichts, die oft als eine «verdeckte Inhaltskontrolle» qualifiziert wird (vgl. oben Fn. 20), nimmt in der Tat genau diese Aspekte auf. Nach BGE 138 III 411, 412 f., E. 3.1 z.B. kommt «die Ungewöhnlichkeitsregel [...] nur dann zur Anwendung, wenn neben der subjektiven Voraussetzung des Fehlens von Branchenerfahrung die betreffende Klausel objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweist. Dies ist dann zu bejahen, wenn sie zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich

wendbaren normativen Leitbilds muss das vom Gesetzgeber vorgegebene objektive Gerechtigkeitsmodell dem konkreten Vertragstypus und -zweck entsprechend weiterentwickelt werden.⁷⁹ Die Wertungsvorgaben des Gesetzgebers werden im Rahmen des konkreten Lebenssachverhalts zu Ende gedacht.⁸⁰

III. Konkretisierung der missbräuchlichen Abweichung vom objektiven Wertungsmassstab

Wurde der Wertungsmassstab bezüglich der AGB-Klausel einmal festgestellt, liegt der zweite Schritt darin, zu beurteilen, ob die fragliche Klausel in missbräuchlicher Weise davon abweicht. Dies bedarf ebenfalls einer eingehenden Interessenabwägung.⁸¹ Bevor auf die Details dieses Abwägungsprozesses eingegangen wird, soll hier jedoch zuerst kurz Stellung dazu genommen werden, wie stark diese Abweichung gemäss Art. 8 UWG zu sein braucht.

1. Grad der Abweichung

In welcher Beziehung die in Art. 8 UWG aufgelisteten Tatbestandselemente der Missbräuchlichkeit (‹erheblich›, ‹ungerechtfertigt› und ‹in Treu und Glauben verletzender Weise›) zueinanderstehen, wird bis heute in der Lehre diskutiert und ist vom Bundesgericht nicht entschieden worden.⁸² Problematisch ist, dass Art. 8 UWG sich an der deutschsprachigen Version von Art. 3(1) Klausel-RL orientiert und diese die einzige Sprachversion der Richtlinie ist, wonach ein Missverhältnis nicht nur erheblich, sondern auch ungerechtfertigt sein muss.⁸³ Der Rechtsprechung des EuGH kann aber entnommen werden, dass die Begriffe ‹erheblich› und ‹ungerechtfertigt› als austauschbar erachtet werden.⁸⁴ § 307 BGB z.B., der ‹nur› von einer unangemessenen Benachteiligung ‹*entgegen den Geboten von Treu und Glauben*› spricht, wurde als EU-rechtskon-

zu qualifizieren.» Gemäss Urteil des Handelsgerichts Zürich HG200126-O8 vom 13. Juni 2022, E. 2.2.3.1 (S. 12) ‹*kann eine in allgemeinen Versicherungsbedingungen vorgesehene Haftungsbeschränkung als ungewöhnlich qualifiziert werden, wenn der durch die Bezeichnung und Werbung beschriebene Deckungsumfang erheblich reduziert wird, so dass gerade die häufigsten Risiken nicht mehr gedeckt sind*›.

79 KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 759; Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 221.

80 Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 9.

81 Siehe Urteil des Kantonsgerichts Schwyz ZK1_2016_28 vom 2. Mai 2017, E. 3c/aa.

82 Dazu KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 769 ff.; KOLLER, AJP 2014, S. 29.

83 Zur Kritik siehe DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 209; KRAMER, recht 2023, S. 186 m.w.N.; vgl. hingegen Botschaft UWG 2009 (Fn. 27), S. 6179.

84 Siehe z.B. EuGH C-405/21 vom 13. Oktober 2022, *FV gegen Nova Kreditna Banka Maribor d.d.*, ECLI:EU:C:2022:791, Rz 22; C-776/19 bis C-782/19 vom 10. Juni 2021, *VB et al. gegen BNP Paribas Personal Finance SA et al.*, ECLI:EU:C:2021:470, Rz 98. In den jeweiligen Übersetzungen der EuGH-Entscheide in die EU-Amtssprachen wird nur in der deutschen Version neben ‹erhebliches Missverhältnis› das Wort ‹ungerechtfertigt› hinzugefügt. Siehe auch ATAMER/FURGER, S. 145 f.

form eingeordnet.⁸⁵ Genauso relativierte der EuGH das Erfordernis, dass der Nachteil treuwidrig verursacht werden muss. Auch wenn dies nicht explizit im Gesetzestext steht, sei «*der Begriff <Treu und Glauben> der Prüfung der Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel inhärent [...]»*.⁸⁶ Eine parallele flexible Auslegung von Art. 8 UWG erscheint angebracht.⁸⁷ Die aufgelisteten Kriterien dienen alle dazu, das Ausmass des Missverhältnisses zu umschreiben. Auf jeden Fall muss die Abweichung vom dispositiven Gesetzes- bzw. Richterrecht auch im schweizerischen Recht eine bestimmte Schwere erreichen, um als missbräuchlich zu gelten.⁸⁸

2. *Entwicklung eines Bewertungskatalogs für die Feststellung missbräuchlicher Klauseln*

Somit ist das Ziel der Interessenabwägung in einem zweiten Schritt der Normenkonkretisierung, ein Werturteil darüber zu fällen, ob die fragliche AGB-Klausel von einem fairen Interessenausgleich zu Lasten des Vertragspartners in nicht mehr hinnehmbarer Weise abweicht.⁸⁹ Während im ersten Schritt, wie oben dargelegt, wenigstens das dispositive Recht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze dem Gericht eine Orientierung bzgl. eines gerechten Vertragsinhalts geben können, fehlen im schweizerischen Recht Normen, welche die erforderliche Interessenabwägung schon vorwegnehmen und somit als ungültig zu bewertende (missbräuchliche) AGB-Klauseln direkt benennen, fast gänzlich. Bis heute sind Art. 141 Abs. 1^{bis}, Art. 256 Abs. 2 lit. a, Art. 288 Abs. 2 lit. a OR und Art. 8a UWG einsame Ausnahmen geblieben.⁹⁰

Diese rechtspolitische Entscheidung stellt rechtsvergleichend einen Alleingang dar. Schon das deutsche AGB-Gesetz von 1976 (§§ 10–11 ABGB, heute

85 EuGH C-92/11 vom 21. März 2013, RWE, ECLI:EU:C:2013:180, Rz 36.

86 So bezüglich der slowenischen Regelung, die die Verletzung des Gebots von Treu und Glauben für die Missbräuchlichkeit nicht voraussetzte, EuGH C-405/21 vom 13. Oktober 2022, *Nova Kreditna*, ECLI:EU:C:2022:793, Rz 25; EuGH C-79/21 vom 17. November 2021, *Unión de Créditos*, ECLI:EU:C:2021:945, Rz 38. Vgl. auch zum deutschen Recht Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 97; Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 97.

87 In diesem Sinne zum schweizerischen Recht DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 209 ff., 219 f.; HESS/RUCKSTUHL, S. 1201 f.; KOLLER, AJP 2014, S. 30 f.; STÖCKLI, S. 184; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 132; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8 N 159; KRAMER, recht 2023, S. 186; MITROVIC, Rz 296; MAISSEN, Rz 320; ATAMER/FURGER, II/3. Für eine Auslegung des «ungerechtfertigten» Missverhältnisses als zusätzliches Erfordernis für das Bejahen von Missbräuchlichkeit KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 773 ff.; WIDMER, Rz 265.

88 Vgl. DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 207; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 131; zum deutschen Recht Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 96; Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 162.

89 Siehe Botschaft UWG 2009 (Fn. 27), S. 6179; KOLLER, AJP 2014, S. 28 f.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 117 ff.; SCHMID, ZBJV 2012, S. 14; WAYGOOD-WEINER, S. 282 f.

90 Hinzukommen einige zwingende Rechtsnormen, die immer Geltung beanspruchen – unabhängig davon, ob in ausgehandelten Verträgen oder in AGB von ihnen abgewichen worden ist (wie z.B. Art. 100, 101, 199, 210 Abs. 4 OR).

§§ 308–309 BGB) beinhaltete Listen von Klauseln, deren Missbräuchlichkeit in einem legislativen Abwägungsprozess festgelegt worden waren. Diesem Ansatz folgte auch der EU-Gesetzgeber (Anhang der Klausel-RL).⁹¹ Manche dieser Normen stellen die Missbräuchlichkeit für bestimmte AGB-Klauseln endgültig fest (z.B. § 309 BGB und § 6 Abs. 1 österreichisches Konsumentenschutzgesetz [KSchG]⁹²), so dass das Gericht keinen Wertungsspielraum mehr hat. Oder es werden Tatbestände aufgelistet, die in AGB «*besonders <verdächtig> sind*»⁹³ (wie im Anhang der Klausel-RL sowie § 308 BGB; UK Consumer Rights Act 2015, Schedule 2),⁹⁴ sodass der Interessenabwägungsprozess darauf konzentriert wird. Ein solcher Verbotskatalog hat «*Hinweis- und Beispielcharakter [...] [und] stellt eine Informationsquelle sowohl für die mit der Anwendung der Umsetzungsmaßnahmen betrauten nationalen Behörden als auch für die von diesen Maßnahmen betroffenen Einzelnen dar*».⁹⁵

Bis zur (erhofften) erneuten Gesetzesrevision in der Schweiz obliegt die Konkretisierung missbräuchlicher AGB-Klauseln somit den Gerichten. In den nächsten Abschnitten soll versucht werden, zuerst allgemeine Grundsätze dieser Interessenabwägung festzulegen, sodann einzelne Abwägungskriterien darzustellen und anhand einiger weniger Klausel-Beispiele diese Abwägung zu exemplifizieren. Da die Lückenhaftigkeit von Art. 8 UWG einer systematisch-deduktiven Entscheidungsfindung nicht zugänglich ist, tritt an dessen Stelle «*eine problemorientierte (eben nicht systemorientierte) [...], eine induktiv-heuristische Abwägung von Lösungsgesichtspunkten (<Topoi>, Einzähl: <Topos>) rechtlicher oder ausserrechtlicher Provenienz, namentlich die Bewertung der Folgen eines richterrechtlichen Präjudizes, wobei die Interessen aller involvierten Betroffenen zu berücksichtigen sind*».⁹⁶ Bei der Ausarbeitung dieses «*Topoi-Kataloges*»⁹⁷ wird, wie oben dargelegt und auch in der Lehre weitgehend vertreten wird,⁹⁸ die Rechtsvergleichung als Erkenntnisquelle an erster Stelle stehen.⁹⁹

91 Es wird sogar heute in der Lehre vorgebracht, dass der Klausel-Katalog nach über 30 Jahren unter Auswertung der EuGH-Entscheide neu abgefasst werden muss: z.B. WENDEHORST, S. 50; LOOS/LUZAK, S. 8, 49 ff. Siehe auch KRAMER, recht 2023, S. 188.

92 § 6 Abs. 1 KSchG findet unabhängig davon Anwendung, ob die jeweilige Bestimmung in AGB oder in einem ausgehandelten Vertrag genutzt wird. Siehe dazu LANGER, § 6 KSchG N 7.

93 MüKoBGB-WURMNEST, § 308 N 3.

94 Die in § 6 Abs. 2 KSchG aufgelisteten Klauseln sind nichtig, falls der Unternehmer nicht beweisen kann, dass sie im Einzelnen ausgehandelt worden sind.

95 EuGH C-478/99 vom 7. Mai 2002, *Kommission vs. Schweden*, ECLI:EU:C:2002:281, Rz 22. So auch KRAMER, recht 2023, S. 186.

96 KRAMER/ARNET, S. 323 f.

97 KRAMER/ARNET, S. 324 in Anlehnung an THEODOR VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5. Aufl., München 1974.

98 Siehe oben Fn. 26–28; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1150c; DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 61, 237; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 740; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 26, 76; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8 N 117; DERS., BR 2012, S. 140 f.; KRAMER, recht 2023, S. 187; SCHMID, AGB, S. 215; WIDMER, Rz 232, 244; MORIN, S. 510 ff.; vgl. auch SCHNYDER, S. 71.

99 Siehe schon KRAMER, *RabelsZ* 1969, S. 1 ff.

Der Anhang der Klausel-RL bzw. deren Umsetzungen in den EU-Mitgliedstaaten dienen als Vorbilder für eine Interessenabwägung. Es wäre sicherlich auch schwer vertretbar, dass AGB-Klauseln, die in 27 EU-Mitgliedstaaten,¹⁰⁰ die alle der liberalen Marktwirtschaft verpflichtet sind und teilweise die grössten Volkswirtschaften der Welt darstellen,¹⁰¹ verboten sind, in der Schweiz weiterhin als Ausdruck einer gerechten Interessenabwägung zwischen den Parteien erachtet werden sollten.

D. Grundsätze der Interessenabwägung

I. Allgemein

Art. 4(1) Klausel-RL bestimmt, dass «[d]ie Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel [...] unter Berücksichtigung der Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind, aller den Vertragsabschluss begleitenden Umstände sowie aller anderen Klauseln desselben Vertrages oder eines anderen Vertrages, von dem die Klausel abhängt, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt» wird.¹⁰² Vorbehalten sind Verbandsklagen, die in Art. 7 Klausel-RL gesondert geregelt sind. Im Folgenden soll analysiert werden, wie diese allgemeinen Grundsätze der Interessenabwägung im Rahmen von Art. 8 UWG angewandt bzw. eingesetzt werden könnten.

II. Abstrakte vs. konkrete Beurteilung

Wieweit ein Gericht bei der Interessenabwägung auf die konkreten Umstände des Einzelfalls eingehen muss, wird in der schweizerischen Lehre nicht einheitlich beantwortet. Offensichtlich ist, dass bei einer Verbands- bzw. Konkurrenzklage auf Unterlassung der Verwendung spezifischer AGB-Klauseln die Missbräuchlichkeitsbewertung unabhängig von einem konkreten Vertrag und damit abstrakt durchgeführt werden muss.¹⁰³ Das heisst, auf der Konsumenten- seite muss bei der Bewertung von einem durchschnittlichen Vertragspartner

100 Auch in Grossbritannien findet die Klausel-RL weiterhin als Teil des UK Consumer Rights Act 2015 Anwendung (Part 2 und Schedule 2/3). Vgl. dazu z.B. WHITTAKER, Rz 40–223 ff.

101 Nach BIP: <[https://de.statista.com/statistik/daten/studie/157841/umfrage/ranking-der-20-laen-der-mit-dem-groessten-bruttoinlandsprodukt/#:~:text=Mit%20einem%20Bruttoinlandsprodukt%20\(BIP\)%20von,Abstand%20auf%20dem%20zweiten%20Platz](https://de.statista.com/statistik/daten/studie/157841/umfrage/ranking-der-20-laen-der-mit-dem-groessten-bruttoinlandsprodukt/#:~:text=Mit%20einem%20Bruttoinlandsprodukt%20(BIP)%20von,Abstand%20auf%20dem%20zweiten%20Platz;)>; zuletzt besucht am 23. Mai 2024.

102 Dazu z.B. EuGH C-224/19 und C-259/19 vom 16. Juli 2020, *Caixabank und Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, ECLI:EU:C:2020:578, Rz 76 ff.; EuGH C-621/17 vom 3. Oktober 2019, *Kiss und CIB Bank*, ECLI:EU:C:2019:820, Rz 52 ff.

103 BRUNNER, AGB, S. 133; DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 175; AESCHIMANN, Rz 430 ff.; HUG, La formation, Rz 1657.

und dessen Verständnis bezüglich der fraglichen AGB-Klauseln ausgegangen werden.¹⁰⁴

Fraglich bleibt, ob diese generalisierende Blickweise in der Individualklage ins Gegenteil umschlägt.¹⁰⁵ Obwohl Art. 4 Klausel-RL einen solchen Eindruck hinterlässt, zeigen die Erwägungsgründe auf, dass auch der EU-Gesetzgeber bei Individualklagen von einer gewissen Abstraktheit der Bewertung ausgeht. Demnach müssen «[d]ie Kriterien für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln [...] **generell** festgelegt werden. [...] Die nach den generell festgelegten Kriterien erfolgende Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Klauseln, [...] muss durch die Möglichkeit einer **globalen Bewertung** der Interessenlagen der Parteien ergänzt werden».¹⁰⁶ Wenngleich bei einer Individualklage vertragsspezifische Gesichtspunkte zum Tragen kommen, darf eine generalisierende Blickweise nicht aufgegeben werden.¹⁰⁷ Ziel ist es, bestimmte gruppentypische Interessenlagen zu ermitteln, wie z.B. Dauerschuldverhältnisse im Vergleich zu sofort erfüllten Verträgen; Verkauf von Neu- bzw. Gebrauchsgütern; atypische Sonderinteressen des Konsumenten; oder grosse Risiken, die mit der Vertragserfüllung verbunden sind. All diese Kriterien sind einer Verallgemeinerung zugänglich und müssen aus dieser Perspektive von den Gerichten angewandt werden. Auch bei der Individualklage kann es somit z.B. nicht darauf ankommen, ob der Konsument im konkreten Fall subjektiv schutzwürdig ist oder nicht.¹⁰⁸ Sieht man den Grund für den Schutz vor AGB in einem wegen prohibitiv hohen Informationskosten entstehenden Marktversagen,¹⁰⁹ ist es unerheblich, ob der Konsument zufällig sachkundig ist, da auch für ihn die Auseinandersetzung mit den konkreten AGB zu kostspielig sein wird.¹¹⁰ Deswegen sollte in der Individualklage auf die Perspektive eines Durchschnittskonsumenten und nicht des konkreten Vertragspartners abgestellt werden.¹¹¹ Diese generalisierende Betrachtungsweise rückt die Individualklage

104 Botschaft UWG 2009 (Fn. 27), S. 6179; WIDMER, Rz 236.

105 Vgl. dazu ausführlich DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 173 ff.; für eine generalisierende, typisierende Herangehensweise z.B. Urteil des Obergerichts Zürich PP230005-O/U vom 19. Juli 2023, E. 3.1; KOLLER, AJP 2014, S. 33; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 92; THOUVENIN, Jusletter vom 29. Oktober 2012, Rz 6; VISCHER, AJP 2014, S. 968 f.; AESCHIMANN, Rz 433 ff., 444, 452; MITROVIC, Rz 289; JENNY, S. 28 ff. Tendenziell für die Berücksichtigung der konkreten Umstände SCHMID, ZBJV 2012, S. 15 f.; DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 176 ff.; BÜYÜKSAGIS, S. 1408; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8 N 153 und 164; HESS/RUCKSTUHL, S. 1204; WIDMER, Rz 234, 236 f.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 776 ff.; KUT/STAUBER, Rz 125.

106 Hervorhebungen von der Autorin. Klausel-RiLi (Fn. 56), S. 29, 30.

107 DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 182 ff.

108 So auch KOLLER, AJP 2014, S. 33, der vorschlägt, Faktoren wie die Geschäftserfahrung des Kunden oder seine Aufklärung über die Tragweite bestimmter Klauseln durch die AGB-Verwenderin nur im Rahmen der Einbeziehungskontrolle und der Auslegungskontrolle zu berücksichtigen.

109 Oben B.

110 Dazu ausführlich DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 182.

111 Im Rahmen einer b2b AGB-Kontrolle könnten hingegen Faktoren wie die Geschäftsgewandtheit und Erfahrung des Unternehmers, die Grösse des Unternehmens oder das Volumen der

stark in die Nähe der Verbandsklage, so dass es nur in seltenen Ausnahmefällen zu einer unterschiedlichen Bewertung kommen sollte. Dies ist auch sinnvoll, da dem Entscheid bei der Verbandsklage regelmässig eine «*faktische Präjudizwirkung*»¹¹² zukommt, so dass ein paralleler Ansatz in beiden Verfahren zweckmässig wäre.¹¹³

III. Berücksichtigung des gesamten Vertrags

Bei der Interessenabwägung und somit der Beurteilung der Missbräuchlichkeit muss das Gericht den Vertrag als Ganzes berücksichtigen, da einzelne Klauseln regelmässig mit anderen Vertragsbestimmungen zusammenwirken.¹¹⁴ In Frage kommen andere AGB-Klauseln, im Rahmen einer Individualklage aber auch Individualvereinbarungen.¹¹⁵ Unter Umständen können auch Werbeaussagen z.Z. des Vertragsabschlusses von Bedeutung sein, wenn sie z.B. im Verhältnis zur konkreten AGB-Klausel Widersprüchliches angepriesen hatten.¹¹⁶ Obwohl diese Bewertung keine allgemeine «Ausgewogenheitsanalyse» des ganzen Vertrags darstellen soll, so muss doch berücksichtigt werden, ob die fragliche Klausel mit einer weiteren Bestimmung derart im inneren Zusammenhang steht, dass sie durch diese kompensiert wird, bzw. erst durch die Kumulation mit anderen Klauseln in der Gesamtwirkung als unangemessen bewertet werden kann.¹¹⁷ Der innere bzw. sachliche Zusammenhang zwischen den vertrag-

Transaktion eine Rolle spielen. Vgl. z.B. für das deutsche Recht Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PFEIFFER, § 307 BGB N 185 ff. Für die AGB-Inhaltskontrolle in b2b-Verträgen sieht das schweizerische Recht bekannterweise keine Sondernorm vor. Denkbar wäre ein Rückgriff auf die allgemeinen Inhaltsgrenzen in Art. 19/20 OR, da sich durch AGB «*heteronome Privatgesetzgebung breitmacht, zu der jegliche verfassungsrechtliche Legitimation fehlt*» (BK OR-KRAMER, Art. 19/20 N 158 ff.; vgl. auch KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 332). Vgl. die parlamentarische Initiative Pa. Iv. Flach (14.440 «*Artikel 8 UWG. Missbräuchliche Geschäftsbedingungen*») vom 23.09.2014 bzgl. einer generellen Ausweitung von Art. 8 UWG auf b2b-Beziehungen, die vom Nationalrat im Dezember 2017 abgeschrieben wurde, AB 2017 N 2178 ff. Siehe auch oben Fn. 24 und 41.

112 DIKE UWG-DOMEJ, Art. 10 N 34.

113 Vgl. auch KOLLER, AJP 2014, S. 38 f.; AESCHIMANN, Rz 447.

114 CASPERS, S. 51 ff.

115 BGH, Urteil vom 5. April 2006 – VIII ZR 163/05, NJW 2006, S. 2116 ff., Rz 16; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 91; Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 116; MüKoBGB-WURMNEST, § 307 N 38; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 780.

116 Hierzu CASPERS, S. 63 ff.

117 Siehe zum Kompensationseffekt solcher Klauseln unten E/IV. EuGH C-377/14 vom 21. April 2016, *Radlinger und Radlingerová*, ECLI:EU:C:2016:283, Rz 95 in Bezug auf diverse Vertragsstrafen und Entschädigungsbeiträge in einem Kreditvertrag («[...] ist es daher notwendig, die kumulative Wirkung aller Klauseln eines zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher geschlossenen Vertrags zu beurteilen. Eine solche Beurteilung ist gerechtfertigt, da diese Klauseln in ihrer Gesamtheit anwendbar sind, und zwar unabhängig davon, ob der Gläubiger tatsächlich darauf besteht, dass ihnen vollständig nachgekommen wird»); EuGH C-265/22 vom 13. Juli 2023, *Banco Santander*, ECLI:EU:C:2023:578, Rz 67 («[...] die Art der in anderen Klauseln des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrags gegebenenfalls verein-

lichen Bestimmungen ist gegeben, wenn z.B. in den AGB eines Leasingvertrags die Gewährleistung ausgeschlossen wird, die Leasinggeberin jedoch alle Gewährleistungsansprüche gegen den Hersteller an den Konsumenten abtritt.¹¹⁸ Möglich ist im Einzelfall auch, dass eine Haftungsausschlussklausel und ein Versicherungsschutz in Zusammenhang stehen.¹¹⁹ Hingegen fehlt es am sachlichen Zusammenhang zwischen einer Risikoabwälzungsklausel eines Kreditkarteninstituts und den besseren Zahlungsmodalitäten, die dem Kunden gewährt worden sind.¹²⁰

IV. Beurteilungszeitpunkt

Bei der Beurteilung der Interessen kommt es grundsätzlich auf die Rechtslage z.Z. des Vertragsabschlusses an.¹²¹ Dies wird auch in Art. 4 Klausel-RL explizit so festgelegt.¹²² Dieser Zeitpunkt kann in zweifacher Hinsicht von Bedeutung sein: einerseits bei der Bestimmung der geltenden Rechtsordnung hinsichtlich der Interessenabwägung und Feststellung der Missbräuchlichkeit der Klausel und andererseits bei der Berücksichtigung allfälliger Entwicklungen im Laufe der Vertragserfüllung bzw. Nichterfüllung.

In Bezug auf die als Referenz zu nehmende Rechtsordnung entspricht es gängiger Auslegung z.B. von Art. 19/20 OR, dass die Rechts- bzw. Sittenwidrigkeitsbewertung eines Vertrages auf den Zeitpunkt seines Abschlusses abstellt.¹²³ Das heisst, ein zu diesem Zeitpunkt nicht gegebener Nichtigkeitsgrund kann auch in der Regel nicht durch spätere Verbote bzw. Änderungen der Sittlichkeitsvorstellungen entstehen.¹²⁴ Eine Ausnahme gilt dann, wenn die neue Regelung «um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt»

barten Provisionen zu prüfen, um festzustellen, ob die Gefahr einer doppelten Vergütung bestimmter Leistungen des Darlehensgebers besteht»); MüKoBGB-WURMNEST, § 307 N 39 f.; BUFF, S. 257; WIDMER, Rz 299.

118 Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 126.

119 Erman-LOOSCHELDERS, § 307 BGB N 11; Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 126.

120 Vgl. BGH, Urteil vom 23. April 1991 – XI ZR 128/90, NJW 1991, S. 1886 ff., 1888.

121 DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 178; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8 N 153; HESS/RUCKSTUHL, S. 1204.

122 EuGH C-229/19 und C-289/19 vom 27. Januar 2021, *Dexia*, ECLI:EU:C:2021:68, Rz 54 («Somit ergibt sich aus dieser Rechtsprechung, dass das nationale Gericht nach der Richtlinie 93/13 bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Klausel ausschliesslich auf den Zeitpunkt des Abschlusses des betreffenden Vertrags abstellen und anhand aller diesen Abschluss begleitenden Umstände beurteilen muss, ob diese Klausel als solche zu einem Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien zugunsten des Gewerbetreibenden geführt hat»); vgl. auch BGH, Urteil vom 27. Januar 2022 – III ZR 3/21, NJW 2022, S. 1314 ff., Rz 23; Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 117.

123 Urteil des BGer 4C.172/2000 vom 28. März 2001, E. 5e (zur Sittenwidrigkeit); BK-KRAMER, Art. 19/20 OR N 144 f., 182; BSK ORI-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 16, 35; HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz 397; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz 32.09.

124 BK-KRAMER, Art. 19/20 OR N 145, 182; BSK ORI-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 16; BeckOGK-VOSSLER, § 134 BGB N 71 f.

worden ist (vgl. Art. 2 SchlT ZGB).¹²⁵ Bei der Kontrolle von AGB-Klauseln im Rahmen von Verbandsklagen ist immer die Gesetzeslage zum Urteilszeitpunkt ausschlaggebend.¹²⁶ Da kein konkreter Vertrag vorliegt, kann auch der Moment seines Abschlusses nicht von Bedeutung sein. Im Gegensatz dazu gestaltet sich die Antwort bei Individualklagen nicht so eindeutig.¹²⁷ Falls seit Vertragsabschluss eine Gesetzesänderung stattgefunden hat, bestimmt Art. 2 SchlT ZGB die Rückwirkung. Soweit die Norm, die nun neu eine AGB-Klausel verbietet, nicht um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen eingeführt worden ist, kann keine Rückwirkung angenommen werden. Ein solches Beispiel (im b2b-Bereich) stellt die Einführung von Art. 8a UWG dar, der seit 01.12.2022 in Kraft ist.¹²⁸ Demnach sind Paritätsklauseln in AGB von Betreibern einer Online-Plattform für Beherbergungsdienstleistungen gemäss Art. 20 OR nichtig,¹²⁹ falls sie die Preis- und Angebotssetzung von Beherbergungsbetrieben direkt oder indirekt einschränken.¹³⁰ Diese Gesetzesbestimmung ist auf alle zukünftigen Verträge (*negotia futura*) automatisch anwendbar. Wie nach der 2012-Revision von Art. 8 UWG bleibt hingegen offen,¹³¹ ob diese Bestimmung die öffentliche (wirtschaftliche) Ordnung betrifft und somit auch rückwirkend (*ex tunc*) zur Nichtigkeit von AGB-Klauseln führt.¹³² Auch wenn dies abgelehnt werden sollte, erscheint es richtig, die neue Bestimmung wenigstens auf noch andauernde Verhältnisse (*negotia pendencia*)¹³³ anzuwenden und somit eine Nichtigkeit für die Zukunft (*ex nunc*) anzuerkennen.¹³⁴ Dies könnte an Art. 4 SchlT ZGB anknüpfen, da zwar der Vertragsschluss eine altrechtliche Tatsache ist, doch subjektive Rechte aus dieser Klausel auch unter dem neuen Recht noch entstehen (wie z.B. ein Unterlassungs- bzw. Schaden-

125 Vgl. dazu z.B. BSK ZGB II-VISCHER, Art. 2 SchlT N 3 ff.; CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET, Art. 1–4 Tit. fin. N 128 ff.; PROBST, Änderung, S. 472 ff.

126 Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 100; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PFEIFFER, § 307 BGB N 93.

127 Zur Diskussion im deutschen Recht siehe Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 100 ff.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PFEIFFER, § 307 BGB N 93 f.; Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 117 ff.

128 Amtliche Sammlung Nr. 195 vom 21. November 2022, AS 2022 690.

129 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 17.11.2021, BBl 2021 2858 ff., S. 11 f.

130 Dazu ausführlich PICH, S. 686 ff.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 806 ff.

131 Vgl. dazu DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 258 ff.; PICHONNAZ, BR 2012, S. 142 f.; JENNY, S. 38 ff.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 361 ff.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 148 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1150d m.w.N.; ATAMER/FURGER, S. 147, Fn. 72; das Bundesgericht hat die Frage zuletzt in BGE 140 III 404, 407, E. 4.4 offengelassen.

132 In diese Richtung PICH, S. 694. Dies würde aber auch rückwirkend eventuelle Schadenersatzansprüche von Beherbergungsbetrieben gegen die Plattformen mit sich bringen.

133 Vgl. zu diesen Unterteilungen BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchlT N 6.

134 Sollte angenommen werden, dass Art. 8a UWG auch auf laufende Verträge keine Anwendung findet, so muss m.E. als *ultima ratio* Art. 2 Abs. 2 ZGB greifen. Ein Berufen auf die Paritätsklausel würde diesfalls einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch darstellen.

ersatzanspruch gegen den Beherbergungsbetrieb).¹³⁵ Ein schutzwürdiges Vertrauen auf der Seite der Plattformen bezüglich ihrer Ansprüche ist hier nicht zu sehen.¹³⁶ Mitberücksichtigt werden muss, dass sonst eine unüberbrückbare Diskrepanz zwischen potentiellen Verbandsklagen gegen solche AGB-Bestimmungen einerseits und Individualklagen andererseits entsteht. Im ersten Fall müsste die Rechtsordnung in ihrer «letzten Fassung» z.Z. der Entscheidung Berücksichtigung finden und die Klausel als nichtig beurteilt werden, hingegen bliebe die gleiche Klausel in einer Individualklage mit Wirkung für die Zukunft rechtsgültig.¹³⁷

Fraglich ist auch, ob Rechtsprechungs- und Gesetzesänderungen gleichzusetzen sind, so dass die Wirkung eines neuen Entscheids regelmässig nur auf zukünftige Sachverhalte begrenzt wird.¹³⁸ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht mehrheitlich von einer Rückwirkung von Urteilen aus.¹³⁹ Gerade im Recht der AGB ist es besonders wichtig, die zeitliche Wirkung exakt zu bestimmen. In der Regel sollte die z.Z. des Urteils geltende Rechtsprechung berücksichtigt werden. Das heisst, dass Gerichtsentscheide, die zwar nach Abschluss des zu bewertenden Vertrags gefällt worden sind, aber ähnliche AGB-Klauseln in vergleichbaren Interessenkonstellationen für missbräuchlich erklären, in die Würdigung des Gerichts einfließen werden. Da das Bundesgericht bis heute aber in keinem Fall eine AGB-Klausel infolge einer Interessenabwägung gemäss Art. 8 UWG als gültig bzw. ungültig eingeordnet hat, wird sich das Problem nicht im Sinne einer Rechtsprechungsänderung im klassischen Sinne stellen. Doch würde die Rückwirkung einer erstmaligen Nichtigkeitsbewertung, z.B. eines formularmässig verabredeten «Bearbeitungsentgelts» in

135 Vgl. die ähnliche Lage bzgl. der Revision von Art. 325 OR, mit der dem «Abschluss [...] sozial besonders gefährlicher Verträge und der damit verbundenen Abtretung oder Verpfändung künftiger Lohnforderungen entgegengetreten werden [sollte]. Dieses gesetzgeberische Ziel liegt im öffentlichen Interesse, hinter welchem der von der Rekurrentin hochgehaltene Vertrauensschutz zurückzutreten hat» (BGE 117 III 52, 56, E. 3a. Das Bundesgericht führt fort (S. 57), dass Art. 4 SchlT ZGB zur Anwendung kommt und somit «die Abtretung oder Verpfändung von Lohnansprüchen, die nach dem 1. Juli 1991 fällig geworden sind oder werden und nicht der Sicherung familienrechtlicher Unterhalts- oder Unterstützungspflichten dienen, [...] hinfällig» werden. Trotz der Bemerkung, dass die neue Norm ein öffentliches Interesse schützt, wurde eine Rückwirkung gemäss Art. 2 SchlT ZGB nicht diskutiert.

136 Die Plattform-AGB werden oft Vertragsänderungsklauseln enthalten, so dass die nötigen Anpassungen in den Vertragsbestimmungen gemacht werden können. Auch kann die Plattform durch eine ordentliche Kündigung das Vertragsverhältnis auflösen, falls sie dieses unter den neuen Bedingungen nicht weiterführen möchte.

137 Vgl. dazu, dass sich im deutschen Recht die Präjudizwirkung der Verbandsklagen auch auf Altfälle erstreckt, Wolf/Lindacher/Pfeiffer-LINDACHER, § 11 UKlaG N 5; Ulmer/Brandner/Hensen-WITT, § 11 UKlaG N 4; Staudinger-SCHLOSSER, § 11 UKlaG N 6.

138 Für eine partielle Eingrenzung der Rückwirkung PROBST, Änderung, S. 517 ff.; KRAMER/ARNET, S. 337; PICHONNAZ, Mélanges Steinauer, S. 57 ff.; TRACHSEL, S. 367 ff.; gegen eine solche Eingrenzung z.B. EMMENEGGER, RabelsZ 2015, S. 376 ff.; BK-EMMENEGGER/TSCHEN-TSCHER, Art. 1 ZGB N 495 ff.

139 BGE 90 II 295, 301 f., E. 6 und die ausführliche Übersicht in EMMENEGGER, RabelsZ 2015, S. 381 ff.

Konsumkreditverträgen, eine parallele Problematik aufwerfen.¹⁴⁰ Im Prinzip muss angenommen werden, dass ein solches bundesgerichtliches Urteil auch für andere gleichgeartete Individualklagen bezüglich der Interessenabwägung einen Standard setzt und somit auch in den Entscheiden berücksichtigt werden muss, selbst wenn die fraglichen Verträge weiter zurückliegen.¹⁴¹ Sollte das Bundesgericht beginnen, eine aktivere AGB-Kontrolle auszuüben, wird die zeitliche Wirkung solcher Urteile zukünftig wohl noch erhebliches Diskussionspotential bieten.

Eine andere Frage ist hingegen, ob die konkreten Umstände der Vertragserfüllung, d.h. die Entwicklungen, welche nach Vertragsabschluss eintreten, bei der Interessenabwägung berücksichtigt werden müssen.¹⁴² Gemäss dem EuGH kann die Missbräuchlichkeitskontrolle prinzipiell nicht von konkreten zukünftigen Entwicklungen, insbesondere dem Verhalten der Verwenderin, abhängig gemacht werden, da sonst nicht mit Rechtssicherheit vorausgesagt werden kann, ob eine Klausel gültig bzw. ungültig ist.¹⁴³ Deswegen reicht es, wenn die Klausel potentiell im Laufe der Vertragserfüllung ein missbräuchliches

140 Siehe auch TRACHSEL, S. 343. Der BGH hat z.B. zum ersten Mal im Jahr 2014 in einer viel diskutierten Rechtsprechungsänderung entschieden, dass die Banken durch das sog. Bearbeitungsentgelt ihren eigenen Aufwand im Zusammenhang mit der Beschaffung und Bereitstellung des Kapitals in Form einer pauschalierten Aufwandsentschädigung auf die Konsumenten abwälzen, was diese gemäss § 307 BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen würde (BGH, Urteil vom 13. Mai 2014 – XI ZR 405/12, NJW 2014, S. 2420 ff.). Bezüglich der Rückwirkung wurden die Folgen durch die Verjährungsregeln aufgefangen. Der BGH entschied, dass die Ansprüche auf Rückzahlung der Bearbeitungsgebühr aus dem Bereicherungsrecht entstehen und demnach einer 3-jährigen Verjährung ab Kenntnisnahme der anspruchsbegründenden Umstände unterliegen. Für die zumutbare Möglichkeit einer solchen Kenntnisnahme setzte der BGH den Ablauf des Jahres 2011 fest, da im Jahre 2011 sich eine gefestigte oberlandesgerichtliche Rechtsprechung herausgebildet hätte, die formularmässige Bearbeitungsentgelte entgegen der älteren Rechtsprechung des BGH missbilligte und für nichtig erklärte. Ab dann sei es für die Konsumenten erwartbar gewesen, dass eine Abkehr von der bisherigen höchststrichterlichen Rechtsprechung bald käme (BGH, Urteil vom 28. Oktober 2014 – XI ZR 348/13, NJW 2014, S. 3713 ff., Rz 44 f.). Vgl. zur Rolle der Verjährung zur Milderung der Rückwirkungsfolgen EMMENEGGER, RabelsZ 2015, S. 383 f.

141 Siehe auch PICHONNAZ, Mélanges Steinauer, S. 58, der unterstreicht, dass die gerichtliche Anerkennung der Ungewöhnlichkeit einer AGB-Klausel ähnliche Wirkungen wie eine Gesetzesänderung zeitigen kann. Siehe auch dazu, dass ausnahmsweise durch eine geltungserhaltende Reduktion der fraglichen AGB-Klausel das Vertrauen der Verwenderin geschützt werden kann, falls diese nach Vertragsabschluss aufgrund einer nicht vorhersehbaren Änderung der Rechtsprechung als unwirksam beurteilt werden sollte: DEDUAL, S. 254 ff.; Erman-LOOSCHELDERS, § 306 BGB N 9.

142 Dazu Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 401a.

143 EuGH C-229/19 und C-289/19 vom 27. Januar 2021, *Dexia*, ECLI:EU:C:2021:68, Rz 54 ff. Vgl. auch EuGH C-452/18 vom 9. Juli 2020, *Ibercaja Banco*, ECLI:EU:C:2020:536, Rz 48 («Des Weiteren ist für die Prüfung der Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel auf den Zeitpunkt des Abschlusses des betreffenden Vertrags abzustellen, wobei die gesamten Umstände zu berücksichtigen sind, von denen der Gewerbetreibende zu diesem Zeitpunkt Kenntnis haben konnte und die die spätere Erfüllung dieses Vertrags beeinflussen können, da eine Vertragsklausel ein Missverhältnis zwischen den Parteien bewirken kann, das sich erst im Laufe der Vertragserfüllung herausstellt»); so auch EuGH C-38/17 vom 5. Juni 2019, *GT*, ECLI:EU:C:2019:461, Rz 40.

Missverhältnis von vertraglichen Rechten und Pflichten verursachen könnte.¹⁴⁴ Das Gericht bewertet *ex ante*, welche künftigen Sachverhalte in Frage kommen. Ob sich diese dann später verwirklichen, ist hingegen nicht ausschlaggebend.

V. Berücksichtigung von Drittinteressen

Bei der Interessenabwägung werden grundsätzlich die Interessen der Vertragsparteien berücksichtigt. Eine unmittelbare Beachtung der Beeinträchtigung von Interessen Dritter bzw. der Allgemeinheit kommt in der Regel nicht in Frage, da der Individualschutz vorrangig ist.¹⁴⁵ Erwachsen jedoch Dritten aus dem Vertrag Rechte und werden ihre Interessen durch die AGB ungebührlich begrenzt, so müssen Ausnahmen erlaubt sein. Klassische Beispiele dafür sind Verträge zugunsten Dritter bzw. Verträge mit Schutzwirkung für Dritte.¹⁴⁶ Bei einer Haftpflichtversicherung muss z.B. die Missbräuchlichkeitsbewertung einer Deckungsausschlussklausel die Interessen des mit der Pflichtversicherung geschützten Dritten¹⁴⁷ bzw. bei einem Reisevertrag die Belange der Mitreisenden, für die der Anmelder die Fahrt gebucht hat, mitberücksichtigen.¹⁴⁸ Auch bei AGB von Geschenkgutscheinen, welche die Rechte des Beschenkten durch Gültigkeitsdauern¹⁴⁹ bzw. Haftungsausschlüsse begrenzen, werden Drittinteressen bei der Abwägung von Bedeutung sein.¹⁵⁰

Weiter sollte nicht ausser Acht gelassen werden, dass gemäss Art. 10 UWG Mitbewerber, die durch unlauteren Wettbewerb in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht werden, missbräuchliche AGB-Bestimmungen mittels Unterlassungsklagen bekämpfen können.¹⁵¹ Zu berücksichtigen sind hier zwar in der Regel die Interessen der potentiellen Vertragsparteien, doch geht es allgemein auch um den Schutz eines unverfälschten Wettbewerbs.¹⁵² Wichtiger könnte

144 EU KOMMISSION, Leitlinien (Fn. 75), S. 33 f.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PFEIFFER, § 307 BGB N 94.

145 MüKoBGB-WURMNEST, § 307 N 54; BeckOGK-ECKELT, § 307 BGB N 109; Erman-LOOSCHELDERS, § 307 BGB N 10.

146 Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 133. Vgl. zu den Begriffen SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz 86.06 ff. und 87.01 ff.

147 BGH, Urteil vom 20. Juli 2011 – IV ZR 75/09, NJW 2011, S. 3648 ff., Rz 29.

148 Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 133; vgl. auch BGH, Urteil vom 15. Juni 1989 – VII ZR 205/88, NJW 1989, S. 2750 ff.

149 Vgl. dazu, dass solche Begrenzungen Art. 129 OR verletzen und deswegen nichtig sind: Richteramt Thal-Gäu, Zivilabteilung, Urteil vom 28. Mai 2020, TGZPR.2019.549-AGRSTB, E. 3.5. Im vorliegenden Fall war jedoch keine Drittperson involviert, da die Käuferin des Gutscheins diesen selbst nutzen wollte. Siehe auch RUSCH/MAISSEN, Rz 20 ff.; zum österreichischen Recht KEMETMÜLLER, S. 99 ff.

150 MüKoBGB-WURMNEST, § 307 N 54; vgl. auch OLG München, Urteil vom 17. Januar 2008 – 29 U 3193/07.

151 Siehe dazu ATAMER, FS Koller, S. 45.

152 Auch der neu hinzugefügte Art. 8a UWG hat den Schutz von Endkunden im Auge, da Paritätsklauseln zum Nachteil von Endkunden den Preis- und Konditionenwettbewerb einschränken. Dazu PICHT, S. 688. Vgl. bzgl. der Gültigkeit von pauschalierten Kartell-Schadensersatzklauseln

diese Diskussion auch im Rahmen der steigenden Nachhaltigkeitserwartungen werden. Sollte in AGB von Kaufverträgen dem Kunden das Recht auf Nachbesserung eingeräumt werden, ohne jedoch die anderen Rechtsbehelfe (Nachlieferung, Minderung, Rücktritt) bei einer missglückten Nachbesserung auszuschliessen, so dürfte hierin keine Benachteiligung des Kunden gesehen werden. Die immer wichtiger werdende Rolle des ›Rechts auf Reparatur‹¹⁵³ müsste in die Interessenabwägung mit einfließen.¹⁵⁴

E. Einzelne Abwägungskriterien

I. Verfassungsrechtliche Wertungen

Bei der Interessenabwägung geht es um eine Gewichtung sich widersprechender Parteiinteressen. Dies setzt unter Umständen auch die Feststellung des unterschiedlichen Wertgehalts der involvierten Interessen voraus. Hierbei ist insbesondere die Stellung verfassungsrechtlich verbürgter Rechte und Interessen bedeutsam. Wie schon wiederholt vom Bundesgericht festgestellt wurde, «[...] *erscheint eine mittelbare Anwendung von Grundrechten auf das Verhältnis zwischen Privatpersonen namentlich bei der Auslegung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen des Privatrechts nicht aus-*

seln in AGB von b2b-Verträgen, BGH, Urteil vom 10. Februar 2021 – KZR 63/18, NZKart 2021, S. 350 ff., Rz 36: «*Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union dienen kartellzivilrechtliche Schadensersatzansprüche dazu, die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln der Union zu erhöhen; sie sind zudem geeignet, die Marktteilnehmer von – oft verschleierten – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können. Aus diesem Grund können Schadensersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Union beitragen.*» Ein ähnlicher Schutz von Drittinteressen ist z.B. in Art. 5 vom Digital Markets Act zu sehen, wenn es den Torwächtern untersagt wird, in Verträgen mit gewerblichen Nutzern diesen zu verbieten (unabhängig davon, ob dies in AGB geschieht), Endnutzern dieselben Produkte oder Dienstleistungen über Online-Vermittlungsdienste Dritter oder über ihre eigenen direkten Online-Vertriebskanäle zu anderen Preisen oder Bedingungen anzubieten als über die Online-Vermittlungsdienste des Torwächters (Verordnung 2022/1925 vom 14. September 2022 über bestreithare und faire Märkte im digitalen Sektor, ABl. L 265 vom 12. Oktober 2022, S. 1). Allgemein zu den Interessen der Verbraucher sowie anderer Marktteilnehmer und deren Beziehung zueinander LEISTNER, S. 265 ff.

153 Vgl. dazu SR, Motion 23.4316, Modernisierung des Gewährleistungsrechts, 13. Oktober 2023; ATAMER/EGGEN/HUG, Rz 1 ff. In der EU: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common rules promoting the repair of goods and amending Regulation (EU) 2017/2394, Directives (EU) 2019/771 and (EU) 2020/1828, COM(2023) 155 final und dazu ATAMER/AUGENHOFER/POŁUDNIAK GIERZ/KÜTER, S. 9 ff.

154 Die erwartete Änderung des OR (Fn. 153) könnte schon heute im Rahmen der Interessenabwägung bezüglich AGB-Klauseln in Kaufverträgen von Bedeutung sein. Vgl. zur Vorwirkung von Gesetzesänderungsvorschlägen in der Entscheidungsfindung von Gerichten EMMENEGGER, RabelsZ 2015, S. 369 ff. Siehe auch zur Auslegung von AGB unter Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten HUG, Sustainable Interpretation, S. 28 ff.

geschlossen». ¹⁵⁵ Die mittelbare Drittwirkung (sog. Horizontalwirkung) von Grundrechten ist heute insbesondere bei der Konkretisierung von Art. 27/28 ZGB und Art. 19/20 OR allgemein anerkannt. ¹⁵⁶ Derselbe Ansatz dürfte im Rahmen von Art. 8 UWG ebenso zielführend sein, soweit die AGB-Bestimmung nicht schon wegen Verletzung von Art. 19/20 nichtig sein sollte. ¹⁵⁷ Vor allem AGB-Klauseln, die die Menschenwürde verachten (Art. 7 BV), die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) und die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) ungebührlich eingrenzen, das Recht auf Leben und körperliche und geistige Unversehrtheit (Art. 10 BV) bzw. den Schutz der Privatsphäre und persönlicher Daten (Art. 13 BV) verletzen, sollten tendenziell in der Interessenabwägung als unverhältnismässig und somit missbräuchlich eingestuft werden. In der Abwägung stehen den geschützten Werten des Konsumenten diejenigen der Verwenderin, etwa die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und als deren zentrales Element die Vertragsfreiheit, ¹⁵⁸ entgegen. ¹⁵⁹ Diese Freiheit umfasst auch die Ausgestaltung der Vertragsbedingungen bzgl. der angebotenen Waren und Dienstleistungen. Doch können solche Grundrechtsinteressen der Verwenderin Klauseln, die z.B. eine Haftung bei Tod bzw. Körperverletzungen ausschliessen, ¹⁶⁰ willkürlich diskriminierende Inhalte aufweisen ¹⁶¹ oder die Publikation von Kundenbewertungen bzgl. Waren und Dienstleistungen von der Genehmigung der Verwenderin abhängig machen, ¹⁶² nicht aufwiegen.

Der BGH musste kürzlich z.B. entscheiden, ob eine AGB-Klausel eines sozialen Netzwerks, die eine Löschung von Einträgen wegen Verstosses gegen das Verbot der Verherrlichung von «Hassorganisationen» und der «Hassrede» ermöglichte, das Grundrecht der Nutzer auf freie Meinungsäusserung verletze. Dies wurde vom Gerichtshof bejaht. ¹⁶³ Zwar gäben die AGB einen sachlichen

155 BGE 147 I 183, 190, E. 8.3; BGE 143 I 217, 218 f., E. 5.2; siehe dazu KRAMER/ARNET, S. 119 ff.

156 Siehe z.B. BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 18 und BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2 N 5; BK-KRAMER, Art. 19/20 OR N 163 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 677 ff.; EGLI, S. 141 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz 32.17; vgl. dazu und die Rolle von Art. 35 Abs. 3 BV z.B. SGK-SCHWEIZER, Art. 35 BV N 49 ff., 59; BELSER/WALDMANN, Kap. 1 Rz 56; ARNET, Rz 140 ff. Siehe auch WEBER, SZW 2020, S. 18 ff. Differenziert REICH, Rz 58–60, 144 ff.

157 Vgl. zur Rolle von verfassungsrechtlichen Wertungen im deutschen AGB-Recht Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 151; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PFEIFFER, § 307 BGB N 176; MüKo-BGB-WURMNEST, § 307 N 57; Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 161 f.; siehe auch HUBMANN, S. 97.

158 Dazu BGE 130 I 26, 41, E. 4.3; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 10 ff.; SGK-VALLENDER/HETTICH, Art. 27 BV N 44 ff.; ERNST, ZSR 2018 II, S. 44; REICH, Rz 131.

159 Vgl. zur Abwägung BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N 71; TSCHENTSCHER, S. 1331 f.

160 Siehe dazu z.B. Anhang der Klausel-RL Art. 1 lit. a; vgl. auch ATAMER/KÜNG, S. 1108.

161 Siehe BELSER/WALDMANN, Kap. 6 Rz 27.

162 Vgl. LG Koblenz, Urteil vom 26. Januar 2021 – 3 HKO 19/20, MMR 2021, 656 Rz 21 ff.

163 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, NJW 2021, S. 3179 ff., Rz 49 ff.; vgl. dazu RAUE, S. 209 ff.; siehe auch BGH, Urteil vom 27. Januar 2022 – III ZR 3/21, MMR 2022, S. 375 ff. zur Bewertung einer AGB-Klausel, die die Nutzerin verpflichtet, als Profilnamen den

Grund für die Entfernung von Inhalten, doch müssten diesbezügliche Entscheide auch nachvollziehbar sein. Die AGB sollten die Verwenderin explizit verpflichten, den Nutzer über die Löschung zu informieren bzw. über eventuelle Kontosperrungen im Voraus zu benachrichtigen. Weiter seien Massnahmen nötig, damit Kunden bzgl. der Entscheidung des sozialen Netzwerks Stellungnahmen abgeben und Einspruch erheben können, so dass eine Revision des Entscheids möglich werde.¹⁶⁴

II. Verhältnismässigkeit

I. Allgemein

Ein erhebliches Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien ist auch immer dann anzunehmen, wenn das Verhältnismässigkeitsprinzip¹⁶⁵ ohne ersichtliche Begründung nicht eingehalten wird.¹⁶⁶ Die Liste im Anhang der Klausel-RL verweist z.B. in mehreren Beispielen auf eine «*ungebührliche*» Beschränkung (Nr. 1, lit. b, h, q) oder eine «*unverhältnismässig*» hohe Entschädigung (Nr. 1, lit. e). Mit anderen Worten müssten Klauseln, die den Konsumenten in höherem Masse belasten, als es für die angemessene Interessenwahrung der Verwenderin erforderlich wäre, als missbräuchlich bewertet werden.¹⁶⁷ Unangemessene Konventionalstrafen, insbesondere solche, die vom Verschuldenserfordernis abgekoppelt sind, sowie Klauseln, die der Verwenderin schon bei geringfügiger Verletzung des Vertrags eine Rücktrittsmöglichkeit geben, verletzen das Gebot von Treu und Glauben, da auf Seiten der Verwenderin kein gleichwertiges Interesse wie z.B. einer Nachteilsvermeidung bzw. Steuerung des Konsumentenverhaltens gegeben ist.¹⁶⁸

Namen zu verwenden, den sie auch im täglichen Leben verwendet. Der BGH befand, dass die Bestimmung nur im Innen-, nicht aber im Aussenverhältnis angewandt werden könnte. Seitens der Nutzerin sei das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten aus Art. 8 Abs. 1 Charta der Europäischen Union und das damit verbundene Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 7 GRCh zu berücksichtigen. (Der BGH nahm aber keine Stellung zur Rechtslage unter Geltung der DSGVO).

164 BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – III ZR 179/20, NJW 2021, S. 3179 ff., Rz 85 ff.

165 Vgl. zum Prinzip der Verhältnismässigkeit («Ausgewogenheitsmassstab») und dessen Rolle bei der Normkonkretisierung RÖTHEL, S. 225 ff. Allgemein zur Rolle des Verhältnismässigkeitsprinzips im Privatrecht HANAU, S. 93 ff.; BIEDER, *passim*; STÜRNER, *passim*; TISCHBIREK, S. 137 ff.; BAUER/KÖHLER (Hrsg.), *passim*.

166 STÜRNER, S. 111 f.

167 Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 162; vgl. auch HANAU, S. 123 f.

168 Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 106. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet ist es zumindest fraglich, ob AGB-Klauseln in Unterrichtsverträgen, die vorsehen, dass das Schulgeld im Gesamtwert verfällt, auch wenn Studierende unabhängig von ihrem Verschulden kündigen müssen, als gültig erachtet werden können. Siehe auch Anhang Nr. 1 lit. d und e Klausel-RL. Das Bundesgericht bejahte hingegen die Gültigkeit einer solchen Klausel, ohne auf die AGB-Problematik einzugehen: Urteil des BGer 4A_275/2019 vom 29. August 2019, E. 1.3.2; zustimmend HABERBECK, Rz 12; FUTTER/GALLI/VISCHER, Rz 12 ff.; kritisch CAMAVDIO,

Eine solche unverhältnismässige Beschränkung der Konsumentenrechte können auch Formerfordernisse darstellen, die über das Notwendige hinausgehen. § 309 Nr. 13 lit. b BGB verbietet z.B. Klauseln, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die der Verwenderin gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die <Textform>¹⁶⁹ gebunden werden.¹⁷⁰ Auch sind Klauseln nichtig, die eine bestimmte Art und Weise des Zugangs von Willenserklärungen vorschreiben. Eine parallele Bestimmung findet sich in § 6 Abs. 1 lit. 4 des öster. KSchG. Ziel dieser Verbote ist es, eine übermässig erschwerte Wahrnehmung vertraglicher Rechte zu verhindern. Je höher die Anforderungen in den AGB gesetzt werden, desto grösser die Gefahr, dass diese eine Barriere für die Rechtsdurchsetzung darstellen.¹⁷¹ Auch unter Art. 8 UWG dürfte die Interessenabwägung nicht anders ausfallen. Für alle Erklärungen rechtsgeschäftlicher, rechtsgeschäftsähnlicher oder tatsächlicher Art wie die Mahnung, Fristansetzung, Ausübung von Wahlrechten, Schadensmeldungen, Kündigung und dergleichen müssten deswegen Anforderungen, z.B. diese mit eigenhändiger Unterschrift einzureichen, als missbräuchlich bewertet werden.¹⁷² Gerade im Zeitalter der Digitalisierung erwarten Konsumenten berechtigterweise, dass sie solche Erklärungen z.B. auch mittels E-Mail abgeben können, da sie ja in der Regel auch Verträge über das Internet abschliessen.¹⁷³

2. Fallbeispiel: Kündigungserklärungen

Auch Klauseln, die zwar keine schriftliche Form für Anzeigen und Erklärungen vorsehen, welche aber die Möglichkeiten des Konsumenten, eine solche abzugeben, ungebührlich eingrenzen, können unverhältnismässig und deswegen

S. 236 ff. Allgemein zur Beziehung zwischen dem Verhältnismässigkeitsprinzip und der Interessenabwägung BIEDER, S. 16 ff.

169 § 126b BGB: «Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden. Ein dauerhafter Datenträger ist jedes Medium, das 1. es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und 2. geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben.»

170 Vgl. die Ausnahme in § 309 Nr. 13 lit. a BGB für Verträge, die gesetzlich der notariellen Beurkundung unterliegen.

171 BeckOGK-WEILER, § 309 Nr. 13 BGB N 5.

172 Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen-HABERSACK, § 309 Nr. 13 BGB N 6. Gesetzlich vorgeschriebene Formvorschriften wie in Art. 266l OR wären natürlich vorbehalten.

173 Siehe dazu den mit dem Gesetz für faire Verbraucherverträge vom 10. August 2021 (BGBl. I 3433) eingefügten § 312k BGB zu Kündigung von Verbraucherverträgen im elektronischen Geschäftsverkehr. Die neue Bestimmung soll es Verbrauchern erleichtern, im elektronischen Geschäftsverkehr geschlossene Dauerschuldverhältnisse, insbesondere durch den in Abs. 2 vorgesehenen sog. „Kündigungsbutton“ aufzulösen. Dazu MüKoBGB-WENDEHORST, § 312k N 1; vgl. auch Art. 52 Abs. 4 des türkischen Verbrauchergesetzes, der verbietet, für die Beendigung eines Langzeitvertrages strengere Bedingungen festzulegen als diejenigen, die für das Zustandekommen des Vertrags vorgesehen sind.

missbräuchlich sein.¹⁷⁴ Wenn z.B. die Kündigungserklärung nur per Telefon oder Live-Chat übermittelt werden kann, hingegen E-Mail oder Brief als Kommunikationsmittel ausgeschlossen sind, so ist fraglich, ob es hier schützenswerte Interessen auf der Seite der Verwenderin gibt. Mit dieser Frage musste sich das Bezirksgericht Bülach auseinandersetzen.¹⁷⁵ Die Verwenderin (ein Telekommunikationsunternehmen) brachte u.a. vor, dass «[d]ie Kündigung eines Abonnements [...] direkt oder indirekt Auswirkungen auf den Bestand von anderen Abonnements, Anschlüssen, Rabatten oder Ratenzahlungsverträgen haben [könne]. Hierbei seien Kunden teilweise nicht genügend über solche Abhängigkeitsverhältnisse informiert [...]. Vor der Einführung der neuen Kündigungsbestimmungen hätten sich bei über 250 Fällen pro Monat grosse Schwierigkeiten ergeben, die zu Kündigungsspannen zum Nachteil von Kunden geführt hätten. [...] Aus Kostengründen sei es ausserdem nicht möglich, gleichzeitig die Möglichkeit einer schriftlichen wie auch einer Kündigung per Telefon oder Live-Chat anzubieten.»¹⁷⁶ Dies stellt insgesamt kein gewichtiges Argument für das Vorgehen der Verwenderin dar. Dass schriftliche Kündigungen eine Kostenerhöhung bewirken würden, überzeugt nicht, da diese letztlich vom gleichen Personal behandelt werden, welches auch die Anrufe entgegennimmt. Kosten entstünden eher beim Aufbau eines Telefonservices als mit der Öffnung eines Kündigungsschreibens. Auch geht das Argument, dass es sich um den Konsumentenschutz handle, fehl, da die Unternehmerin bei einer schriftlichen Kündigung, anstatt auf den Anruf des Konsumenten zu warten, diesen auch jederzeit selbst anrufen und offene Fragen klären könnte.

Das eigentlich ausschlaggebende Argument, dass nämlich solche formellen Schranken von AGB-Verwenderinnen bewusst eingesetzt werden, um Kündigungen zu erschweren (sei es durch lange Warteschlangen oder nur teilweise funktionierende Chats), wird hingegen nicht im Detail vom Gericht aufgenommen.¹⁷⁷ Inzwischen zeigen aber zahlreiche Studien im Bereich der Verhaltensforschung, besonders der Verhaltensökonomie, dass Menschen sich bei der Wahl zwischen einem bestehenden Zustand und einer Veränderung häufiger ge-

174 So z.B. BeckOGK-WEILER, § 309 Nr. 13 BGB N 35 und 42; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 309 Nr. 13 BGB N 28; MüKoBGB-WURMNEST, § 309 Nr. 13 N 8; Ulmer/Brandner/Hensen-HABERSACK, § 309 Nr. 13 BGB N 10.

175 Urteil des Bezirksgerichts Bülach FV210068-C/U HZ/ad vom 22. Dezember 2022; bestätigt durch das Urteil des Obergerichts Zürich PP230005-O/U vom 19. Juli 2023. Weder auf die Beschwerde in Zivilsachen noch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wurde im Urteil des BGer 4A_440/2023 vom 9. Oktober 2023 eingetreten. Ich danke Frau Daniela Mauchle (Konsumentenschutz) und Dr. RA Marc Wolfer für die Bereitstellung des Entscheids des Bezirksgerichts Bülach.

176 Urteil des Bezirksgerichts Bülach FV210068-C/U HZ/ad vom 22. Dezember 2022, E. IV.2.3 f.

177 Urteil des Bezirksgerichts Bülach FV210068-C/U HZ/ad vom 22. Dezember 2022, E. V.2.2.3.2: «Dass die Beklagte – wie vom Kläger vorgebracht und von der Beklagten bestritten – mit der Änderung der Kündigungsformalitäten alleine wirtschaftliche Gründe verfolgt, kann damit nicht erstellt werden, zumal die diesbezüglichen von der Beklagten bestrittenen klägerischen Vorbringen unsubstantiiert blieben.»

gen die Veränderung entscheiden.¹⁷⁸ Sie präferieren den bestehenden Zustand, weswegen dies auch als *status quo*-Verzerrung (*bias*) oder *omission bias* bezeichnet wird.¹⁷⁹ Deshalb treten sie, besonders bei Langzeitverträgen, nur mit grosser Zurückhaltung aus solchen Rechtsverhältnissen aus («*locked-in consumers*» bzw. «*consumer inertia*»).¹⁸⁰ Klauseln, welche die Vertragsbeendigung mit zusätzlichen Hürden (etwa durch spezielle Form- bzw. Zugangsbestimmungen) erschweren, werden somit in der Praxis bewusst eingesetzt, um solche Konsumentenschwächen gezielt auszunutzen.¹⁸¹ Obwohl man sich gut vorstellen kann, dass die jüngere Generation versiert genug ist, ihre Verträge auch per Telefon oder Live-Chat zu kündigen, wird dies bei älteren Generationen¹⁸² oder allgemein bei Personen, die Probleme haben, sich verbal auszudrücken, nicht der Fall sein. Diese werden durch die zusätzlichen Kündigungsvoraussetzungen eher in ihrem Entschluss, den Vertrag aufrecht zu erhalten, bestärkt, obwohl er für sie unvorteilhaft ist. Deswegen hätte die Klausel im fraglichen Fall richtigerweise wegen unverhältnismässiger Einschränkung der Kündigungsrechte von Konsumenten als missbräuchlich qualifiziert werden müssen.¹⁸³

III. Schadensallokation nach ökonomischen Gesichtspunkten

Die Schadensallokation ist ein wichtiger Aspekt der Vertragsgestaltung und somit klassischer Bestandteil von AGB. Durch Haftungsbeschränkungen versucht die Verwenderin für verschuldete Schäden sowie vertragsbezogene unverschuldete Risiken eine Verbesserung ihrer Rechtsposition auf Kosten des Kunden zu erreichen. Bei der Beurteilung, ob dies erlaubt ist, bzw. wie die Interessen beider Parteien am besten ausgeglichen werden können, dürfte insbesondere die Berücksichtigung von ökonomischen Aspekten hilfreich sein.¹⁸⁴ Es muss erst festgestellt werden, welchem der Vertragsparteien in einer Idealsituation ohne Transaktionskosten und Informationsdefizite (<vollständiger Vertrag>/*complete contract*¹⁸⁵) der Schaden zugewiesen werden würde: der Partei, die den Schaden mit den geringsten Kosten vermeiden, versichern bzw. am besten tragen

178 BECK, S. 163 ff.; SCHÄFER/OTT, S. 84 f., 121 f.; ZAMIR/TEICHMAN, S. 48 ff.

179 Siehe dazu LOACKER, Verhaltensökonomik S. 87 ff.

180 Vgl. z.B. BECKERT/SICILIANI, S. 247 ff.; HORTAÇSU/MADANIZADEH/PULLER, S. 192 ff.

181 ZAMIR/TEICHMAN, S. 305.

182 Vgl. die Statistiken in der Studie der bonus.ch aus dem Jahre 2023: «Fast die Hälfte der Abonnenten unter 30 Jahren hat in den letzten zwei Jahren den Anbieter gewechselt. Insgesamt steigt die Treue mit dem Alter. So sind 57% der 50-Jährigen und Älteren seit mehr als 5 Jahren bei demselben Mobilfunkanbieter [...]» <<https://www.bonus.ch/Pdf/2023/Mobilfunktelefonie.pdf>>, S. 2, zuletzt besucht am 23. Mai 2024.

183 Wie oben betont wurde (Fn. 108) ist es für die Bewertung durch das Gericht – auch in Individualklagen – nicht ausschlaggebend, ob die konkrete Vertragspartei schutzbedürftig ist.

184 Siehe zur Rolle der ökonomischen Analyse des Rechts besonders bei der Konkretisierung von Generalklauseln KRAMER/ARNET, S. 305 ff.; RÖTHEL, S. 154 ff.

185 Zum Begriff DEDUAL, S. 229 f.; BSK UWG-THOUVENIN Art. 8 N 16.

kann.¹⁸⁶ Sollte von diesem Idealzustand durch AGB abgewichen werden, d.h., ohne dass der Konsument wie in einem ausgehandelten Vertrag für das Tragen eines zusätzlichen Schadenrisikos kompensiert würde, käme es zu einer verfehlten und ineffizienten Risikoallokation.¹⁸⁷

1. Beherrschung des Schadenpotentials

Kann eine der Parteien ein vertragliches Schadenspotential besser erkennen und durch entsprechende Massnahmen dessen Entstehung kostengünstiger verhindern, so ist es ökonomisch gesehen effizienter, dass diese Partei den Schaden trägt.¹⁸⁸ Sie kann nämlich die Kosten der Schadensprävention im Preis mitveranschlagen und somit diese auch streuen (*cheapest cost avoider*).¹⁸⁹ Dies ist z.B. im Falle der Haftungsbegrenzung für eigenes Verschulden sowie für das der Erfüllungsgehilfen von Bedeutung. Falls man eine Haftungsbegrenzung im Rahmen von Art. 100/101 OR auch in AGB erlauben sollte, wird die Verwenderin keinen Anreiz haben, die Schadensentstehung bzw. -vergrösserung zu verhindern (*moral hazard*-Problem).¹⁹⁰ In einem ausgehandelten Vertrag, in dem die Parteien ihre Interessen gleichmässig durchsetzen können, kann ein Haftungsausschluss für leichte, sogar für grobe Fahrlässigkeit der Erfüllungsgehilfen unproblematisch sein, doch in AGB sind diese Klauseln nicht Bestandteil der Verhandlungen, so dass der Konsument seine Rechte aufgibt, ohne etwas im Gegenzug zu erlangen.¹⁹¹ Deswegen müssen Haftungsausschlüsse auch für ein leichtes Verschulden der Verwenderin sowie der Erfüllungsgehilfen als missbräuchlich erachtet werden, wenn gerade die vertragswesentlichen Pflichten durch diese Klausel ausgehöhlt werden.¹⁹² Anders können hingegen Fälle

186 Dazu HELLGARDT, AcP 2023, S. 277 f.; SCHÄFER/OTT, S. 479 ff.; BEHRENS, S. 155 ff.; BELSER, S. 175 ff., siehe auch S. 395 ff. Allgemein zum Effizienzprinzip als Grund zum Eingriff in den Marktmechanismus EIDENMÜLLER, S. 81 ff.; vgl. zur Kritik des ökonomischen Ansatzes im Rahmen der AGB-Kontrolle HELLWEGE, S. 554 ff.

187 Siehe dazu ATAMER, FS Koller, S. 38 ff.; DEDUAL, S. 232 f.; HESS/RUCKSTUHL, S. 1193; HUGUENIN, recht 1995, S. 85; MORIN, S. 502 f.; PROBST, Jusletter vom 6. Februar 2017, Rz 62; MüKoBGB-WURMNEST, § 307 N 44; Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 156 ff.

188 Urteil des BGer 4C.158/2006 vom 10. November 2006, E. 2.3: «Schliesslich ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, dass die Freizeichnungsklausel der Absicherung der Beklagten vor schwer vermeidbaren, nicht in ihrem Machtbereich liegenden Risiken hätte dienen können. Die Risiken, die sich im beurteilten Fall verwirklicht haben, lagen vielmehr im Machtbereich der Beklagten und hätten von ihr vermieden werden können.» Als Beispiele können Haftungsausschlussklauseln von Heizöllieferanten für Fehler bei der Auffüllung der Kundentanks, von Autowaschanlagen für Schäden am Auto, von Garderoben für den Verlust der Mäntel, von Reinigungen für die Zerstörung der Sache durch die Reinigungsmaschinen dienen. Siehe auch MüKoBGB-WURMNEST, § 307 N 53.

189 Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 156; BEHRENS, S. 158 ff.; SCHÄFER/OTT, S. 279 ff.; ATAMER, FS Koller, S. 38; TRIMARCHI, S. 124 ff.; KIRSTEN, S. 231 ff.

190 Dazu SCHMOLKE, Rz 302 ff.; COOTER/ULEN, S. 48; SCHÄFER/OTT, S. 181 f.

191 Zur Kompensation unten E./IV.

192 Siehe die Beispiele in Fn. 188; zum deutschen Recht Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN, § 309 Nr. 7 BGB N 90 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 273 ff.

beurteilt werden, in denen eine Vertragsverletzung das Potential hat, beim Kunden unvorhersehbar hohe Schäden zu verursachen. Falls die Verwenderin nicht explizit über diese unkalkulierbaren Risiken informiert worden ist, dürften Haftungsausschlüsse, soweit die Schäden durch eine leicht fahrlässige Vertragsverletzung verursacht worden sind, erlaubt sein.¹⁹³

2. Versicherbarkeit

Für unvermeidbare bzw. nicht kontrollierbare Schadensrisiken hingegen wird die ökonomisch effiziente Verteilung oft entsprechend der Versicherbarkeit vorgenommen. Ausschlaggebend ist, wer von den Parteien das Risiko kostengünstiger versichern kann, bzw. welcher der Parteien eine solche Versicherung eher zuzumuten ist (*cheapest insurer*).¹⁹⁴ Ein Risiko bei Fernabsatzverträgen stellt beispielsweise der Verlust bzw. die Beschädigung der Ware während des Transports dar. Diese Gefahr durch eine Versicherung abzudecken, ist für Konsumenten unökonomisch und auch unüblich, da ihr Transaktionsvolumen sehr begrenzt bleibt. Für die Verwenderin hingegen, die ein Fernabsatzsystem aufgebaut hat, jeden Tag hunderte, wenn nicht tausende Verträge mit Versendungsschulden abschliesst und somit auch das Verlustrisiko statistisch abschätzen kann, wäre es eine Leichtigkeit, solche Risiken mit einer Versicherung abzudecken und die Prämien entsprechend *pro rata* im Preis einzukalkulieren.¹⁹⁵ Diese Gefahr durch AGB auf die Kunden abzuwälzen ist deswegen nicht effizient. Es ist auch kein Zufall, dass für b2c-Verträge in der EU bei Distanzkäufen das Risiko des Verlustes bzw. der Beschädigung während des Transports zwingend der Verkäuferin zugeordnet wird, ausser wenn der Konsument den Transport selbst organisiert.¹⁹⁶

3. Überlegenheit bei der Risikotragung

Manche AGB-Klauseln beziehen sich auf Risiken, die nicht nach den *cheapest cost avoider*- und *cheapest insurer*-Prinzipien beurteilt werden können.¹⁹⁷ Ein klassisches Beispiel dafür sind z.B. Änderungen der Umstände in befristeten Dauerschuldverhältnissen, die aber nicht so weitreichend sind, dass sie zu einer gerichtlichen Vertragsanpassung im Sinne der *clausula rebus sic stantibus*-Re-

193 Ausführlich zur Haftungsbegrenzung im Kaufvertrag ATAMER/KÜNG, S. 1107 ff.; siehe auch ATAMER, ZSR 2011 I, S. 449 ff.

194 Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 156; MüKoBGB-WURMNEST, § 307 N 46; ATAMER, FS Koller, S. 39; vgl. auch POSNER/ROSENFELD, S. 90; SCHÄFER/OTT, S. 485 ff.; BEHRENS, S. 164 ff.; KIRSTEN, S. 242 ff.

195 MüKoBGB-WURMNEST, § 307 N 50.

196 Richtlinie 2011/83/EU vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl. L 304 vom 22. November 2011, S. 64, Art. 20.

197 ATAMER, FS Koller, S. 40.

gel führen.¹⁹⁸ Diesfalls muss festgestellt werden, welche der beiden Parteien der überlegene Risikoträger ist (*superior risk bearer*).¹⁹⁹ «Ob jemand bei Nichtexistenz von Versicherungen ein Risiko besser tragen kann, hängt somit vor allem von zwei Umständen ab, erstens von den Informationskosten, die aufgewendet werden müssen, um das Risiko überhaupt zu erkennen, und zweitens von den internen Möglichkeiten eines Unternehmens, das Gesetz der großen Zahl für sich arbeiten zu lassen.»²⁰⁰ Sollte z.B. eine der Parteien eine bessere Marktübersicht und einen leichteren Zugang zur Information haben, kann sie das Risikopotential besser einschätzen und durch ihre Preispolitik besser abfedern. Deswegen sind Klauseln, die z.B. einem Telekomanbieter bei einem befristeten Dauerschuldverhältnis unbeschränkt die Möglichkeit geben, den «monatlichen Abonnementspreis im Falle einer Veränderung des vom Bundesamt für Statistik veröffentlichten Landesindex der Konsumentenpreise zu erhöhen», kritisch zu betrachten.²⁰¹ Das gleiche Problem besteht z.B., wenn in Kreditverträgen mit festem Zinssatz und fixer Laufzeit die negativen Marktentwicklungen einfach auf den Konsumenten abgewälzt werden.²⁰² Wie auch vom österreichischen OGH betont wurde, sind «[k]ünftige Entwicklungen [...] für den Verbraucher zumindest ebenso überraschend wie für den (typischerweise mit mehr Marktkennntnis und größeren Ressourcen ausgestatteten) Unternehmer. Es erscheint daher nicht sachgerecht, nur einem der beiden Vertragspartner – und ausgerechnet dem Unternehmer – ein Werkzeug zur einfachen Anpassung des (noch dazu von ihm selbst formulierten) Vertrags in die Hand zu geben, mit dem er nach Gutdünken seinen eigenen Nutzen aus dem Vertrag unter unvorhersehbaren Umständen optimieren kann.»²⁰³

4. Fallbeispiel: Nicht autorisierte Zahlungsvorgänge

Einer der wichtigsten Anwendungsfälle von ökonomischen Wertungen im Rahmen der Interessenabwägung ist sicherlich die Risikoallokation bei nicht autorisierten Zahlungsvorgängen. In diesen Fällen überzeugt eine Drittperson die Bank durch Identitätstäuschung davon, dass sie Kontoinhaberin (Kunde) bzw. deren rechtmässige Vertreterin ist und veranlasst die Bank dazu, einen Zahlungsauftrag zu ihrem Vorteil zu bewirken. Die Bank nimmt fälschlicherweise

198 Zu den Kriterien siehe HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz 327 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1280 ff.; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz 35.06 ff.; BSK ORI-WIEGAND, Art. 18 N 99 ff.; BK-MÜLLER, Art. 18 OR N 655 ff.

199 SCHÄFER/OTT, S. 491 ff.

200 SCHÄFER/OTT, S. 492.

201 Siehe dazu unten E./IV./2.

202 KOLLER, Bankrechtstagung, S. 60 f.

203 OGH, Urteil 4 Ob 74/22v vom 17. Oktober 2023, ECLI:AT:OGH0002:2023:0040OB00074.22V. 1017.000, Rz 108. Der Entscheid erging zu einem unbefristeten Bausparvertrag, in dem die jährliche Verzinsung inzwischen über dem marktüblichen Niveau lag.

an, dass die Kontoinhaberin diesen Zahlungsauftrag gegeben hat.²⁰⁴ Wie in diesen Fällen das Risiko zwischen den Parteien verteilt wird, legt Art. 1132 OR eigentlich schon seit 1911 vorbildlich dar: «*Der aus der Einlösung eines falschen oder verfälschten Checks sich ergebende Schaden trifft den Bezogenen, sofern nicht dem in dem Check genannten Aussteller ein Verschulden zur Last fällt, wie namentlich eine nachlässige Verwahrung der ihm überlassenen Checkformulare.*» Diese Risikoverteilung, die damals für eine rein manuelle Unterschriftenfälschung angedacht war, gilt heute unverändert, auch wenn die von Drittpersonen eingesetzten Betrugshandlungen und auch die Zahlungsmethoden um einiges komplizierter geworden sind: Durch sog. *man-in-the-middle*-Attacken, *Phishing*, *Pharming*, *Skimming*, *DNS-spoofing*, *Keylogger* und ähnliche Methoden²⁰⁵ werden z.B. Zugangsdaten für das Onlinebanking bzw. Kreditkartenpasswörter unrechtmässig erlangt und somit Zahlungsaufträge angeblich im Namen vom Kunden erfasst. In diesen Fällen bleibt die Forderung des Kunden gegenüber der Bank in der Regel bestehen, weil diese die Zahlung an eine Drittperson aus ihrem eigenen Vermögen tätigt und sich somit nur durch eine zweite Zahlung an den rechtmässigen Kontoinhaber von ihrer Schuld befreien kann. Der mit der Zahlung ohne Auftrag verbundene Schaden trifft die Bank.²⁰⁶ Diese besitzt aber gegenüber den Kunden einen vertraglichen Schadenersatzanspruch, sofern nachweisbar ist, dass der Kunde seine Schutz- bzw. Warnpflicht gegenüber der Bank verletzt und somit zur Verursachung bzw. Vergrösserung des Schadens der Bank schuldhaft beigetragen hat. Zuletzt muss im konkreten Fall untersucht werden, ob ein allfälliges Selbstverschulden der Bank gemäss Art. 44 OR zu berücksichtigen ist.²⁰⁷ Diesfalls würde der Schadenersatzanspruch der Bank entsprechend gekürzt.

Regelmässig werden jedoch die mit einem Drittmissbrauch verbundenen Risiken durch AGB-Klauseln auf Konsumenten abgewälzt. Das Bundesgericht hat die Gültigkeit solcher Klauseln bis heute nicht unter Art. 8 UWG geprüft bzw. deren Kontrolle nicht als AGB-Problematik behandelt. Stattdessen praktiziert es ein dreistufiges Kontrollmodell, das sich an Art. 100/101 OR orientiert.²⁰⁸ In der ersten Phase müssen die Gerichte feststellen, ob die Zahlung

204 BERNET/VON DER CRONE, S. 492.

205 Siehe dazu ausführlich MAIHOLD, § 33 N 48 ff.

206 BGE 146 III 326, E. 5.1; BGE 146 III 387, E. 3.2. Siehe zu dieser Thematik schon BUCHER, recht 1984, S. 97 ff.; WEBER, SJZ 1985, S. 85 ff.; KILGUS, S. 157; HARDEGGER, S. 119 ff.; BUCHER, recht 1997, S. 41 ff.; WIEGAND, S. 154; ATAMER, Kontrolle AGB, S. 267 ff.; aus neuerer Zeit SCHALLER, S. 47; EMMENEGGER, PSD2, S. 52 ff.; REICHART, SZW 2019, S. 394.

207 Siehe zu diesem Begriff SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz 16.13 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1735 f.

208 BGE 146 III 121, E. 2 ff.; Urteil des BGer 4A_616/2019 vom 17. April 2020; Urteil des BGer 4A_161/2020 vom 6. Juli 2020; BGE 146 III 326, E. 4; BGE 146 III 387, E. 3.1; besprochen in EMMENEGGER/THÉVENOZ/REBER/HIRSCH, S. 197 ff.

an die Drittperson auf Anweisung des Kunden erfolgte.²⁰⁹ Falls sie ohne rechtmässige Anweisung vorgenommen wurde, muss das Gericht zweitens feststellen, ob eine gültige Risikoübertragungsklausel vorliegt. Da es sich nicht um einen Haftungsausschluss für Nicht- bzw. Schlechterfüllung der Bank handelt, können Art. 100/101 OR in diesem Fall nur per Analogie angewandt werden.²¹⁰ Demnach ist eine Risikoübertragung bei Vorsatz bzw. grober Fahrlässigkeit der Bank ungültig. In diesem Fall (oder wenn ausnahmsweise keine Risikoübertragungsklausel im Vertrag vereinbart wurde) überprüft das Gericht in einer dritten Phase, ob die Bank einen Schadenersatzanspruch gegen den Kunden hat, falls dieser vertragswidrig dazu beigetragen hat, den von der Bank erlittenen Verlust zu verursachen oder zu vergrössern.

Dieser Ansatz führt dazu, dass Risikoübertragungsklauseln immer dann gültig sind, wenn die Bank bei der Risikoverwirklichung keine Schuld trifft. Diesfalls ist der Schaden vom Kunden zu tragen. Sollte die Bank hingegen leicht fahrlässig gehandelt haben, so werden entsprechend der bundesgerichtlichen Praxis, wonach Banken obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe darstellen, Art. 100 Abs. 2 bzw. Art. 101 Abs. 3 OR analog anwendbar sein, so dass eine solche Klausel im ersten Fall nach gerichtlichem Ermessen für nichtig erklärt werden kann.²¹¹ Soweit die Klausel aber Bestand hat, ist es unbeachtlich, ob dem Kunden überhaupt ein Verschulden zukommt oder nicht – er trägt das volle Risiko.

Die Argumentationslinie des Bundesgerichts wird insbesondere bei b2c-Verhältnissen kritisiert, und es wird angeregt, Risikoübertragungsklauseln in AGB gemäss Art. 8 UWG einer stärkeren Kontrolle zu unterziehen.²¹² Dem kann man nur beipflichten, da Banken (bzw. Zahlungsdienstleister) gerade für Missbräuche bei der Kreditkartennutzung, dem Online-Banking bzw. anderen automatisierten Zahlungsvorgängen *cheapest cost avoider* und auch *cheapest insurer* sind. Es ist heute nicht von der Hand zu weisen, dass Betrugsmöglichkeiten durch die Technisierung von Zahlungssystemen immens zugenommen haben und mit der Nutzung von AI sich vervielfachen werden.²¹³ Doch die Möglich-

209 Vgl. zum Ausnahmefall der Rechtsscheinhaftung im schweizerischen Recht z.B. Urteil des BGer 4C.28/2003 vom 15. Dezember 2003, E. 3.2.1; BERNET/VON DER CRONE, S. 497; zu der Diskussion im deutschen Recht MÜKoBGB-SCHUBERT, § 167 N 127 ff.; BORGES, § 167 BGB N 32 ff; HOPT, (7) Bankgeschäfte N C35.

210 Urteil des BGer 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016, E. 2.2.4; BRACHER, S. 158.

211 BGE 132 III 449 E. 2; Urteil des BGer 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016, E. 2.2.4; REICHART, S. 395. Vgl. auch EMMENEGGER/THÉVENOZ/REBER/HIRSCH, S. 199 f. dazu, dass das Bundesgericht eine Kontrolle gemäss Art. 100 Abs. 2 OR nicht stringent durchführt.

212 Siehe z.B. RUSCH, SZW 2012, S. 442 ff.; KOLLER, AJP 2014, S. 30; SCHALLER, S. 55 ff.; WIDMER, RZ 431 ff.; BRACHER, SZW 2018, S. 158 f.; EMMENEGGER/DÖBELI, S. 643 f.; EMMENEGGER, PSD2, S. 58.

213 Siehe z.B. EUROPEAN BANKING AUTHORITY, Discussion Paper on EBA's Preliminary Observations on Selected Payment Fraud Data Under PSD2, As Reported By The Industry, 17.01.2022; die Prognose für den weltweiten Kartenbetrug im Jahr 2024 beträgt 35,8 Milliarden Dollar, d.h. 6,5 Cent pro 100 Dollar, die mit Karten ausgegeben werden, und damit doppelt

keiten, diese Technologien (auch im Einflussbereich des Kunden) sicherer zu machen, nach jedem neuen Betrugsfall die Prozesse und Mechanismen weiterzuentwickeln, um Fälschungen identifizieren zu können, haben nur die Banken.²¹⁴ Ein Restrisiko (*residual risk*) wird trotzdem weiterhin bestehen. Weist man nun dieses Missbrauchsrisiko den unverschuldeten Kunden zu,²¹⁵ so werden ökonomisch gesehen völlig falsche Anreize gesetzt, da diesfalls ein Investment in erhöhte Sicherheit nicht mehr nötig ist.²¹⁶ Wären andere Gesetzgeber nicht schon Jahre zuvor strikter als der schweizerische Gesetzgeber vorgegangen,²¹⁷ würde man heute wohl weiterhin mit Eingabe seiner Geburtsdaten das Onlinebanking benutzen und keine Authentifizierung mittels PIN oder biometrischer Merkmale auf einem elektronischen Gerät wie dem Mobiltelefon benötigen.²¹⁸ Eine Risikozuordnung beim Kunden ist auch deswegen verfehlt, weil sich Banken gegen solche Risiken regelmässig besser versichern können. Sie sind in der Lage, das Risikopotential besser einzuschätzen und zu beziffern. Ausserdem werden die Kosten der Versicherungsprämien z.B. in Form von Konto- oder Jahresgebühren auf alle Kunden verteilt (*Streuung*).²¹⁹ Seitens der

so viel wie im Jahr 2014 <<https://www.merchantsavvy.co.uk/payment-fraud-statistics/>>, zuletzt besucht am 23. Mai 2024.

- 214 Die Vorstellung, dass ein Eingriff in den Computer des Kunden in seiner Risikosphäre liegt und somit von ihm getragen werden muss, ist unzutreffend, da dieses Gefährdungspotenzial nicht vom Kunden verursacht wurde und auch von ihm nicht kontrolliert werden kann. Siehe zum Kreditkartenmissbrauch schon BGH, Urteil vom 23. April 1991 – XI ZR 128/90, NJW 1991, S. 1886 ff., 1888: «Die unbeschränkte Risikoverlagerung auf den Karteninhaber begegnet schon deshalb Bedenken, weil letztlich die Bekl. das Mißbrauchsrisiko veranlaßt hat. [...] Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, daß die Bekl. mit der Einrichtung des Kreditkartensystems ein Verfahren eingeführt hat, das in erhöhtem Maße mißbrauchsanfällig ist und auf dessen Ausgestaltung der Kunde keinen Einfluß hat.»
- 215 Vgl. z.B. folgende AGB-Klausel einer Bank: «Tritt ein Schaden ein, ohne dass [die Bank] oder der Kunde ihre Sorgfalt verletzt haben, so trägt ihn diejenige Partei, in deren Einflussbereich die Ursache zur schädigenden Handlung gesetzt wurde. Für Schäden aus Übermittlungsfehlern, technischen Störungen und rechtswidrigen Eingriffen in IT-Systeme/Computer des Kunden übernimmt [...] keine Haftung.»
- 216 So schon BUCHER, recht 1997, S. 45 f.
- 217 Siehe z.B. BOHNET, S. 265 ff. Siehe zu dieser Problematik grundlegend LANGENBUCHER, S. 13 ff.; vgl. zu den Neuerungen, die durch die Richtlinie 2015/2366 vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (PSD2), ABl. L 337 vom 23. 12. 2015, S. 35, eingeführt wurden EM-MENEGGER, PSD2, S. 52 ff. In einer globalen Wirtschaft ist es natürlich selbstverständlich, dass Banken wegen strengeren Gesetzen an anderen Standorten diesen Sicherheitenwartungen entsprechen müssen. Siehe auch die historische Aufarbeitung bei BOHNET, S. 272 f.
- 218 Gemäss Art. 4 Nr. 30 PSD2 ist die sog. «starke Kundenauthentifizierung» «eine Authentifizierung unter Heranziehung von mindestens zwei Elementen der Kategorien Wissen (etwas, das nur der Nutzer weiß), Besitz (etwas, das nur der Nutzer besitzt) oder Inhärenz (etwas, das der Nutzer ist), die insofern voneinander unabhängig sind, als die Nichterfüllung eines Kriteriums die Zuverlässigkeit der anderen nicht in Frage stellt, und die so konzipiert ist, dass die Vertraulichkeit der Authentifizierungsdaten geschützt ist». Zum erhöhten Schutz durch Kombination von Merkmalen wie Besitz (persönliches Mobiltelefon), Wissen (PIN) und biometrische Merkmale (Gesichtserkennung) BeckOGK-HOFMANN, § 675v BGB N 98 ff.
- 219 BOHNET, S. 274; so schon bzgl. Kreditkartenmissbrauch BGH, Urteil vom 23. April 1991 – XI ZR 128/90, NJW 1991, S. 1886 ff., 1888: «Für die Angemessenheit der Verteilung des Miß-

Banken kann somit kein überwiegendes Interesse dahingehend festgestellt werden, dass sie ein ihnen gesetzlich zufallendes Risiko einfach als Zufallshaftung der Gegenpartei aufbürden könnten.²²⁰ Eine solche AGB-Klausel wäre als nichtig zu erachten.

Offen bleibt, wieweit ein solch schützenswertes Interesse im Falle eines Verschuldens auf Seiten der Kunden gegeben ist. Dass bei einer betrügerischen Handlung des Kunden dieser für den ganzen Schaden haften muss, liegt auf der Hand. Falls hingegen ein fahrlässiges Verhalten des Kunden gegeben ist, muss nach Verschuldensgrad (grobe bzw. leichte Fahrlässigkeit) unterschieden werden. Ein Abwägen mit dem Selbstverschulden auf Seiten der Bank ist diesfalls besonders von Bedeutung.²²¹ Wegweisend könnte diesbezüglich Art. 74 Abs. 2 der EU Zahlungsdiensterichtlinie (PSD2) sein. Dieser sieht vor, dass die Banken auch bei einem grobfahrlässigen Handeln des Kunden den vollen Schaden zu tragen haben, falls sie keine starke Kundenauthentifizierung²²² verlangen. Der Gedanke dahinter ist, dass die Akteure, die für die Systemsicherheit verantwortlich sind, immer dann voll einstehen müssen, wenn sie ein sichereres Authentifizierungsverfahren nicht einführen bzw. nutzen, um ihren eigenen Schaden zu verhindern.²²³ Auch im schweizerischen Recht könnte dieser Gedanke aufgegriffen werden, indem das Unterlassen möglicher Sicherheitsmassnahmen oder der bewusste Verzicht auf deren Nutzung als grob fahrlässiges Verhalten der Bank eingestuft wird. Beim Zusammentreffen mit einem Verschulden des Kunden könnte diesfalls der Schaden zwischen den Parteien aufgeteilt werden.

Wieweit eine volle Haftung des Kunden bei nur leichtem Verschulden gegeben sein sollte, ist sehr fraglich. Hier sieht man z.B. schon sehr früh bei den Gesetzgebern die Tendenz, diese Haftung erst für die Kreditkartennutzung, dann allgemein für elektronische Zahlungsmittel betraglich zu begrenzen.²²⁴

brauchsrisikos und die darauf basierende Rechtsstellung des Vertragspartners ist auch die vom BerGer. hervorgehobene Risikostreuung auf Seiten der Bekl. und die Versicherbarkeit dieses Risikos von Bedeutung.».

220 So auch KOLLER, AJP 2014, S. 30.

221 Wie oben besprochen wurde, sind AGB-Klauseln, die auch im Falle einer groben Fahrlässigkeit der Bank das Missbrauchsrisiko dem Kunden zuordnen, gemäss analoger Anwendung von Art. 100 OR nichtig. Das Verschulden der Bank ist dann aber im dritten Schritt wieder unter Art. 44 OR von Bedeutung.

222 Vgl. Fn. 218.

223 Zu Recht betonen die Anreizfunktion dieser Klausel EMMENEGGER, PSD2, S. 56; BeckOGK-HOFMANN, § 675v BGB N 92.

224 Begrenzung der Haftung für unverschuldete Risiken sowie leicht fahrlässige Sorgfaltsverstösse: in den USA Limitierung auf 50 USD mit den Änderungen zum Truth in Lending Act (erst 1970 mit dem Pub. L. 91–508, title V, § 502(a), Oct. 26, 1970, heute in 15 U.S. Code § 1643, dazu BOHNET, *passim*); in der EU zum ersten Mal die Empfehlung der Kommission vom 30. Juli 1997 zu den Geschäften, die mit elektronischen Zahlungsinstrumenten getätigt werden, 97/489/EG, Art. 6 (150 ECU); in Frankreich Art. L132–3 Code Monétaire et Financier (mit Einführung 2001 erst 400 Euro, ab 2002 275 Euro und zuletzt von 2003 bis 2009 150 Euro). Mit der Umsetzung der ersten Zahlungsdiensterichtlinie (PSD1) Art. 61 Abs. 1–2, die eine Haftungsbegren-

Der Grund dafür ist vor allem, dass durch die systeminhärenten Risiken bei einem kleinsten Verschulden schon ein grosser Schaden entstehen kann. Wenn z.B. wegen nicht aktualisiertem Virenschutz ein Hacker auf die Daten des Kunden gelangt, so ist es fraglich, wieweit dies überhaupt als ein fahrlässiges Verhalten eingeordnet werden kann, zumal es normal ist, dass solche Updates nicht sofort durchgeführt werden bzw. wegen älterer Technologie auch nicht durchgeführt werden können.²²⁵ Und, wie oben schon erwähnt, wäre das Onlinebanking-System sowieso nur mit einer *two-factor*-Authentifizierung, wie z.B. eine zusätzliche Authentifizierung durch das Handy, nutzbar, würde diese vermeintliche Fahrlässigkeit auch gar keine negativen Folgen zeitigen. Wie BOHNET schon feststellte, erscheint es durchweg angebrachter, dass «[d]ie Gesamtkosten des Kreditkartenbetrugs [...] als Systemausgaben betrachtet werden, anstatt sie den einzelnen Karteninhabern aufzubürden».²²⁶ Die Entwicklungen in der EU sind offensichtlich in diese Richtung gegangen. Es ist jedoch fraglich, inwieweit die schweizerische Rechtsprechung die Vorreiterrolle für eine solche Änderung des Denkansatzes übernehmen könnte. Eine Anpassung der gesetzlichen Lage an die Gegebenheiten unseres Zeitalters wäre möglicherweise die angemessenere Variante.²²⁷

IV. Kompensation

1. Im Allgemeinen

Wie oben schon dargelegt wurde, muss das Gericht bei der Interessenabwägung den gesamten Vertrag in Betracht ziehen und somit auch eine eventuelle Kompensation der fraglichen Klausel durch andere Klauseln bzw. Individualabreden in der Bewertung mitberücksichtigen.²²⁸ Das Gericht wird hierbei erst feststellen, welche Rechte und Pflichten in einem sachlichen Zusammenhang ste-

zung auf höchstens 150 Euro vornahm (Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt) wurde dieser Gedanke in den ganzen EU-Mitgliedstaaten umgesetzt. Zuletzt wurde diese Grenze durch Art. 74 Abs. 1 PSD2 auf 50 Euro reduziert.

225 Vgl. aber REICHART, S. 402.

226 BOHNET, S. 274 («*The aggregate credit card fraud should be a system expense rather than the burden of individual cardholder*»).

227 Siehe zu den Vorstössen des EU-Parlaments, die PSD2 zu revidieren und u.a. neu auftretende Missbrauchsrisiken zu regulieren, Revision of Directive (EU) 2015/2366 on Payment Services Briefing, 17.07.2023 (<[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2023\)747447](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2023)747447)>, zuletzt besucht am 23. Mai 2024).

228 DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 211. Der Kompensationsgedanke ist aber nicht nur im Rahmen der Beziehung von unterschiedlichen Vertragsbestimmungen untereinander von Bedeutung, sondern auch bei der Bewertung der fraglichen Klausel selbst. Ob die kompensierenden Faktoren in anderen Vertragsklauseln oder in der gleichen Klausel abgehandelt werden, sollte keinen Unterschied machen. Der Interessenabwägung ist der Gedanke der Kompensation inhärent. Vgl. auch KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 776 ff., der den Kompensationsgedanken im Rahmen des Tatbestandselements des «ungerechtfertigten» Missverhältnis untersucht.

hen.²²⁹ Danach muss es beurteilen, ob die Nachteile seitens des Konsumenten eventuell durch äquivalente Massnahmen kompensiert werden.²³⁰ Klassisch ist, dass die Rechte des Konsumenten für den Fall einer Vertragsverletzung begrenzt werden, aber durch alternative Rechte ein Ausgleich geschaffen wird. Der Ausschluss des Ersatzlieferungsanspruchs bei einem Sachmangel könnte z.B. durch eine längere Gewährleistungsfrist von vier bis fünf Jahren, kombiniert mit einer unentgeltlichen und professionellen Reparatur, ausgeglichen werden.²³¹ Wichtig ist jedoch, dass der Konsument bei einer Unmöglichkeit der Reparatur auf alternative Gewährleistungsrechte zurückgreifen kann. Die Belassung von Schadenersatzansprüchen, die dem Konsumenten gesetzlich ohnehin zustehen, können hingegen keine Einschränkung anderer Rechtsbehelfe kompensieren.

2. Fallbeispiel: Preisanpassungsklauseln

Anlass zur Diskussion gibt in unterschiedlichen Rechtsordnungen die Frage, inwieweit Klauseln, die der Verwenderin ein Recht auf Vertragsanpassung, insbesondere Preis bzw. Leistungsanpassung (PA-K), geben, durch entsprechende Informationspflichten und damit verbundene Rücktritts- bzw. Kündigungsrechte kompensiert werden können.²³² Mehrere der im Anhang der Klausel-RL aufgelisteten AGB-Bestimmungen behandeln solche Änderungsklauseln.²³³

229 Siehe dazu etwa KOLLER, AJP 2014, S. 28 f.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 117 ff.; DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 211 ff.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PFEIFFER, § 307 BGB N 219; MüKo-BGB-WURMNEST, § 307 N 40.

230 Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 151 ff. («funktionsgleiche»).

231 Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PFEIFFER, § 307 BGB N 216.

232 Dazu MITROVIC, Rz 424 ff.; BUFF, S. 263 ff.; RUSCH/HUGUENIN, S. 37 ff.; in Bezug auf Prämienganpassungsklauseln in Versicherungsverträgen LOACKER, Preisanpassungsklauseln, S. 153 ff., 166 ff.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 858 ff.; ATAMER/AL ABIAD/BACHMANN, S. 666 f.; ATAMER/FURGER, S. 149 ff.; Anpassungsklauseln können der Verwenderin entweder einseitige Gestaltungsrechte geben oder aber vorsehen, dass der geänderte Preis bzw. Vertragsinhalt durch Genehmigungsfiktionen Vertragsinhalt wird. Siehe dazu RUSCH, Jusletter vom 28. März 2011, Rz 7 ff.; MITROVIC, Rz 94 ff.

233 Als missbräuchlich können Klauseln bewertet werden, wenn gemäss Anhang Nr. 1 «[...] j) der Gewerbetreibende die Vertragsklauseln einseitig ohne triftigen und im Vertrag aufgeführten Grund ändern kann; k) der Gewerbetreibende die Merkmale des zu liefernden Erzeugnisses oder der zu erbringenden Dienstleistung einseitig ohne triftigen Grund ändern kann; l) der Verkäufer einer Ware oder der Erbringer einer Dienstleistung den Preis zum Zeitpunkt der Lieferung festsetzen oder erhöhen kann, ohne dass der Verbraucher in beiden Fällen ein entsprechendes Recht hat, vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Endpreis im Verhältnis zu dem Preis, der bei Vertragsabschluss vereinbart wurde, zu hoch ist.» Die Tragweite von j) und l) werden aber durch Art. 2 b) und d) relativiert: «Buchstabe j) steht Klauseln nicht entgegen, durch die sich der Erbringer von Finanzdienstleistungen das Recht vorbehält, den von dem Verbraucher oder an den Verbraucher zu zahlenden Zinssatz oder die Höhe anderer Kosten für Finanzdienstleistungen in begründeten Fällen ohne Vorankündigung zu ändern, sofern der Gewerbetreibende die Pflicht hat, die andere Vertragspartei oder die anderen Vertragsparteien unverzüglich davon zu unterrichten, und es dieser oder diesen freisteht, den Vertrag alsbald zu kündigen. Buchstabe j) steht ferner Klauseln nicht entgegen, durch die sich der Gewerbetreibende das

Richtig erscheint es, einerseits nach dem Regelungsinhalt der Änderungsklausel und andererseits nach der Vertragsdauer zu unterscheiden.²³⁴ «Klassische» Vertragsänderungsklauseln, die dazu genutzt werden, um nachträglich z.B. einen Verzicht auf Retrozessionen oder eine Vertragsstrafe einzuführen, sind weniger problematisch, da die neu eingeführte Klausel selbst immer der Inhaltskontrolle unterliegt.²³⁵ Diesfalls ist nicht die Änderungsklausel, sondern die z.B. dadurch eingefügte Haftungsbegrenzungsklausel im Fokus der Inhaltskontrolle und somit der Interessenabwägung.²³⁶

Bei den Preis- bzw. Leistungsanpassungsklauseln unterliegt hingegen das Ergebnis der einseitigen Vertragsanpassung (z.B. Erhöhung des Preises von CHF 1100 auf CHF 1300; Änderung von rotem zu blauem Auto; von Anzug zu Hose) keiner AGB-Kontrolle. Das Preis-Leistungs-Verhältnis sowie die einzelnen Leistungen der Parteien sind der AGB-Kontrolle nicht zugänglich.²³⁷ Eine Kontrolle muss deswegen an der Änderungsklausel selbst ansetzen. Preis-anpassungsklauseln sind wettbewerbsrechtlich höchst problematisch, da sie die Kunden mit einem niedrigen Preis anlocken, aber danach eine Preisanpassung nach oben erlauben.²³⁸ Deswegen soll auch nachfolgend der Fokus auf PA-K gerichtet werden.

Einer zweiten Unterscheidung bedarf es bezüglich des Zeitfaktors. Ihre Legitimität finden Anpassungsklauseln hauptsächlich darin, dass sie es ermöglichen, auf sich ändernde Umstände nach Vertragsschluss zu reagieren. Doch gerade bei kurzfristigen Verträgen sind solche Risiken für die Verwenderin überschaubar und damit auch einpreisbar. Falls es sich daher um einen kurzfristig abzuwickelnden Vertrag handelt, erscheint eine Änderung der preis-/leistungsbestimmenden Klauseln ungerechtfertigt.²³⁹ § 309 Nr. 1 BGB verbietet z.B. jegliche Klausel, die die Erhöhung des Entgelts für Waren oder Leistungen vorsieht, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss geliefert oder er-

Recht vorbehält, einseitig die Bedingungen eines unbefristeten Vertrages zu ändern, sofern es ihm obliegt, den Verbraucher hiervon rechtzeitig in Kenntnis zu setzen, und es diesem freisteht, den Vertrag zu kündigen.» «Buchstabe 1) steht Preisindexierungsklauseln nicht entgegen, wenn diese rechtmässig sind und der Modus der Preisänderung darin ausdrücklich beschrieben wird.» Siehe auch Anhang Art. 2 (c), in dem Geschäfte mit hoher Volatilität ausgeklammert sind. Siehe dazu, dass diese Bestimmungen teilweise im Konkurrenzverhältnis stehen und nicht immer den Schutzgedanken klar erkennen lassen, MüKoBGB-WURMNEST, § 308 Nr. 4 N 2; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PFEIFFER, Anh. RL 93/13/EWG N 85, 93; Ulmer/Brandner/Hensen-SCHMIDT, § 308 Nr. 4 BGB N 3b.

234 Siehe dazu ATAMER/FURGER, S. 150 ff.

235 Siehe bezüglich der Gültigkeit von Vertragsanpassungsklauseln in Banken-AGB sowie durch eine solche Anpassung eingeführte Retrozessionsklauseln ATAMER/FURGER, S. 146 ff. und 153 ff.

236 KOLLER, Bankrechtstagung, S. 59 f.

237 Siehe oben Fn. 57.

238 FUHRER, S. 410, 416; LOACKER, Preisanpassungsklauseln, S. 155, 166 f.; ATAMER/AL ABIAD/BACHMANN, S. 666.

239 Siehe dazu RUSCH/HUGUENIN, S. 43; MITROVIC, Rz 470 ff.

bracht werden sollen. § 6 Abs. 2 Ziff. 4 des öster. KSchG untersagt wiederum für innerhalb von zwei Monaten nach Vertragsabschluss zu erbringende Leistungen, ein höheres als das ursprünglich bestimmte Entgelt zu verlangen. Bei solchen kurzen Fristen kann eine Änderung der Preise bzw. Leistungen – wenn überhaupt – unter den Voraussetzungen einer Vertragsanpassung gemäss der *clausula rebus sic stantibus*-Regel begründet werden.²⁴⁰ Deswegen kann auch durch Gewährung von Kündigungsrechten eine PA-K nicht kompensiert werden, da das Recht auf eine Preisanpassung objektiv unbegründet ist.²⁴¹»

Sollte hingegen zwischen Vertragsschluss und -erfüllung eine längere Zeitdauer liegen (z.B. Lieferung eines noch zu produzierenden Autos in einem Jahr), bzw. ein Dauerschuldverhältnis (etwa Bezugsverträge über Strom, Wasser oder Gas; Telekommunikations-, Internet-, Kabelnetzzugangs-, Abonnements- oder Bankverträge) gegeben sein, so entsprechen PA-K einem praktischen Bedürfnis nach Anpassung des Vertrags an künftige Entwicklungen.²⁴² Ein Verbot der Vertragsmodifikation wäre nicht dienlich, da dann entweder alle Eventualitäten im Preis einkalkuliert werden müssten, so dass die Preise künstlich in die Höhe stiegen, oder nur sehr kurzfristige Verträge abgeschlossen werden würden, um die Preise und die Vertragsbedingungen beim Neuabschluss entsprechend anpassen zu können.²⁴³ Doch diese berechnete Flexibilität, die Anpassungsklauseln bieten, wird dadurch relativiert, dass sie der Verwenderin auch ermöglichen, das Äquivalenzverhältnis im Nachhinein einseitig zu ihren Gunsten zu ändern.²⁴⁴ Deswegen erscheint es gerade hier wichtig, durch eine Interessenabwägung die Grenzen solcher AGB-Klauseln auszuloten.

Für die gültige Vereinbarung von PA-K ist vor allem eine transparente Formulierung erforderlich. Gemäss dem EuGH müssen die Änderungsgründe explizit und verständlich im Voraus bestimmt werden, einen legitimen Zweck verfolgen und der Verwenderin keinen unangemessen weiten Ermessensspielraum einräumen.²⁴⁵ Würde man diese Kontrollkriterien auch im Rahmen von Art. 8

240 Siehe zu den Voraussetzungen oben Fn. 198.

241 Vgl. zum deutschen Recht Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS/ZIMMERMANN, § 309 Nr. 1 BGB N 7.

242 VICTOR, S. 327–329; ATAMER/AL ABIAD/BACHMANN, S. 664.

243 Vgl. MüKoBGB-WURMNEST, § 307 N 106; ATAMER, MLR 2017, S. 644.

244 MüKoBGB-WURMNEST, § 307 N 106. Ausführlich zu PAK in Versicherungsverträgen LOACKER, Preisanpassungsklauseln, S. 152 ff.

245 EuGH C-143/13 vom 26. Februar 2015, *Bogdan Matei*, ECLI:EU:C:2015:127, Rz 74: «Es ergibt sich insbesondere aus den Art. 3 und 5 der Richtlinie 93/13 sowie aus Nr. 1 Buchst. j und l und Nr. 2 Buchst. b und d ihres Anhangs, dass es für die Einhaltung des Transparenzerfordernisses von wesentlicher Bedeutung ist, ob der Kreditvertrag die Gründe und die Besonderheiten des Mechanismus zur Änderung des Zinssatzes und das Verhältnis zwischen dieser Klausel und anderen Klauseln über das Entgelt des Kreditgebers so transparent darstellt, dass ein informierter Verbraucher die sich daraus für ihn ergebenden wirtschaftlichen Folgen auf der Grundlage genauer und nachvollziehbarer Kriterien absehen kann.» Siehe auch BGE 135 III 1, 10, E. 2.5: «Ein undefiniertes Gestaltungsrecht zur einseitigen Abänderung vertraglicher Leistungs-

UWG anwenden, wäre z.B. die AGB-Klausel eines Streaming-Dienstleisters, demnach das «[...] Abo-Angebot und die Preise für den [...] Dienst [...] sich gelegentlich ändern [können]» nichtig.²⁴⁶ Auch wenn eine transparente Formulierung z.B. durch Indexierung gewährleistet sein sollte, darf die Klausel nicht nur einseitig die Verwenderin begünstigen – sie muss auch durch Preissenkungen zum Vorteil des Konsumenten wirken.²⁴⁷ Dies reflektiert den Gedanken der Wahrung der Waffengleichheit, was dem Kompensationsargument sowie der Wahrung des Äquivalenzprinzips entspricht.²⁴⁸

Fraglich ist, inwieweit ein Kündigungsrecht – verbunden mit einer rechtzeitigen Information bzgl. der Änderung – noch hinzukommen muss, damit die negativen Folgen der PA-K für den Konsumenten kompensiert werden können.²⁴⁹ Bei unbefristeten Dauerschuldverhältnissen wird der Konsument regelmässig ein ordentliches Kündigungsrecht haben, so dass argumentiert werden könnte, dass zusätzlich zu einer transparenten PA-K eine rechtzeitige Aufklä-

pflichten widersprüche der Natur und dem Zweck des Vertrags, mit dem Rechte und Pflichten jeder Vertragspartei gerade definiert werden sollen.» Gemäss KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 860, ist ein solches Gestaltungsrecht wegen fehlender Bestimmbarkeit ungültig. Vgl. auch Art. 7 PauRG.

246 ATAMER/AL ABIAD/BACHMANN, S. 666.

247 RUSCH/HUGUENIN, S. 48 f.; FORNASIER, Markt, S. 93; siehe z.B. in England FCA FG18/7: Fairness of variation terms in financial services consumer contracts under the Consumer Rights Act 2015, Rz 54 ff., <<https://www.fca.org.uk/publication/finalised-guidance/fg18-07.pdf>>; zuletzt besucht am 23. Mai 2024; § 6 Abs. 1 Ziff. 5 öster. KSchG, demnach Klauseln ungültig sind, «*die dem Unternehmer auf sein Verlangen für seine Leistung ein höheres als das bei der Vertragschließung bestimmte Entgelt zusteht, es sei denn, daß der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht, daß die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind sowie daß ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt.*» Siehe auch OGH 4 Ob 74/22v vom 17. Oktober 2023, ECLI:AT:OGH0002:2023:0040OB00074.22V.1017.000, Rz 110; OGH 1 Ob 210/12g vom 11. April 2013, ECLI:AT:OGH0002:2013:0010OB00210.12G.0411.000, E. 2.19. Vgl. aber die AGB von einem Telekomanbieter: «[...] ist ferner berechtigt, den monatlichen Abonnementpreis im Falle einer Veränderung des vom Bundesamt für Statistik veröffentlichtem Landesindex der Konsumentenpreise (LIK) zu **erhöhen.**» (Hervorhebung hinzugefügt).

248 Dazu Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PFEIFFER, § 307 BGB N 222.

249 Siehe z.B. EuGH C-92/11 vom 21. März 2013, RWE, ECLI:EU:C:2013:180, Rz 55: «[...] für die Beurteilung, ob eine Standardvertragsklausel, mit der sich ein Versorgungsunternehmen das Recht vorbehält, die Entgelte für die Lieferung von Gas zu ändern, den in diesen Bestimmungen aufgestellten Anforderungen an Treu und Glauben, Ausgewogenheit und Transparenz genügt, insbesondere darauf ankommt, 1. ob der Anlass und der Modus der Änderung dieser Entgelte in dem Vertrag so transparent dargestellt werden, dass der Verbraucher die etwaigen Änderungen der Entgelte anhand klarer und verständlicher Kriterien absehen kann, wobei das Ausbleiben der betreffenden Information vor Vertragsabschluss grundsätzlich nicht allein dadurch ausgeglichen werden kann, dass der Verbraucher während der Durchführung des Vertrags mit angemessener Frist im Voraus über die Änderung der Entgelte und über sein Recht, den Vertrag zu kündigen, wenn er diese Änderung nicht hinnehmen will, unterrichtet wird, und 2. ob von der dem Verbraucher eingeräumten Kündigungsmöglichkeit unter den gegebenen Bedingungen tatsächlich Gebrauch gemacht werden kann.» Siehe auch FORNASIER, Markt, S. 94 ff.

rung bezüglich der durchgeführten Preisanpassung sowie der Möglichkeit, in einer angemessenen Frist zu kündigen, den Konsumenten ausreichend schützen.²⁵⁰ Problematisch ist hier, wie auch oben erwähnt wurde,²⁵¹ dass Konsumenten dieses Kündigungsrecht nicht oft genug nutzen werden. Die Entscheidung zur Kündigung wird durch eine Reihe von Faktoren beeinflusst: Die sog. Trägheit (*inertia*), hohe Such- und Transaktionskosten wegen unzureichender Information bzgl. anderer Anbieterinnen, aber auch das Fehlen vergleichbarer Dienstleisterinnen auf dem Markt können ausschlaggebend sein.²⁵² Diese wettbewerbshemmenden Faktoren benötigen auf Seiten des Gesetzgebers oft zusätzliche regulatorische Massnahmen als nur eine gerichtliche AGB-Inhaltskontrolle.²⁵³

Problematisch sind auch Verträge mit fester Laufzeit (ein befristetes Dauerschuldverhältnis oder ein Vertrag mit Lieferdatum erst in 12 Monaten), da bei solchen regelmässig kein ordentliches Kündigungsrecht bestehen wird.²⁵⁴ Auch wenn die PA-K transparent formuliert (z.B. durch Preisindexierungsklauseln an einen von der Verwenderin unabhängigen, externen und objektiven Faktor angebunden) sind und Preiserhöhungen sowie -senkungen ermöglichen, wird eine Kompensierung durch ein Kündigungsrecht immer dann nötig sein, wenn die Änderung eine gewisse Höhe übersteigt.²⁵⁵ Zwar bestimmt z.B. Anhang Nr. 2 lit. d der Klausel-RL, dass Indexierungsklauseln trotz Anhang Nr. 1 lit. I erlaubt sind, sofern der Preisänderungsmodus darin ausdrücklich beschrieben wird. Doch kann dies nicht bedeuten, dass z.B. bei einem befristeten Dauerschuldverhältnis deswegen der Konsument bis Vertragsende unter keinen Umständen das Recht hat, aus diesem Rechtsverhältnis auszutreten.²⁵⁶ Durch

250 Vgl. EuGH C-472/10 vom 26. April 2012, *Nemzeti*, ECLI:EU:C:2012:242, Rz 30 f.; dazu auch BUFF, S. 263 f.; MAISSEN, Rz 385 ff.; MITROVIC, Rz 424 ff.; RUSCH/HUGUENIN, S. 50 ff.; LOACKER, Preisanpassungsklauseln, S. 166 ff.

251 Siehe oben Fn. 178–180.

252 Siehe zu Wettbewerbsproblemen verbunden mit fehlendem Anbieterwechsel BORGOGNO/COLANGELO, S. 143 ff.; CRÉMER/DE MONTJOYE/SCHWEITZER, S. 81 ff.; MITROVIC, Rz 426 ff.

253 Siehe dazu ausführlich ATAMER, MLR 2017, S. 642 ff.

254 PA-K sind aber nicht vereinbar mit Vertragsklauseln, die z.B. für die Vertragsdauer einen festen Preis bzw. Zinssatz vorsehen. Diese Klauseln gehen als Individualvereinbarungen den PA-K vor. Siehe auch KOLLER, Bankrechtstagung, S. 60; Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS/ZIMMERMANN, § 309 Nr. 1 BGB N 11.

255 Siehe RUSCH/HUGUENIN, S. 50 f.; Anhang Nr. 1 lit. I Klausel-RL, die unterstreichen, dass bei «zu hohen» Preisanhebungen ein Kündigungsrecht gegeben sein muss. Vgl. aber die AGB von einem Telekomanbieter: «[...] ist berechtigt, die Preise an die Teuerung anzupassen, ohne dass dabei dem Kunden ein ausserordentliches bzw. vorzeitiges Kündigungsrecht zusteht. Die Berechnung der Teuerung richtet sich nach dem Landesindex der Konsumentenpreise (LIK) des Bundesamtes für Statistik (Basis Dezember 2020 = 100 Punkte)».

256 Vgl. aber noch bezogen auf die Universaldienstrichtlinie (RL 2002/22/EG) EuGH C-326/14 vom 26. November 2015, *A1 Telekom Austria AG*, ECLI:EU:C:2015:782. Nach dem Erlass der Richtlinie 2018/1972 vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation kann der Ansatz des EuGH jedoch nicht mehr weiterverfolgt werden, da gemäss Art. 105(4) der Telekommunikations-RL der Konsument bei Vertragsänderungen jeglicher Art den Vertrag ohne Einhaltung einer Frist und kostenfrei kündigen kann. Siehe z.B.

solche Preisindexierungsklauseln dürfte das Preisrisiko nur bis zu einem bestimmten Mass auf den Konsumenten übertragen werden können. Die Entscheidung z.B. im Pauschalreisegesetz, dass eine Preiserhöhung von mehr als zehn Prozent als eine wesentliche Vertragsänderung gilt und dem Konsumenten immer ein Rücktrittsrecht einräumt, könnte hier als verallgemeinerungsfähiger Gedanke genutzt werden.²⁵⁷

3. *Günstiger Preis als Kompensation*

Ein günstiger Preis kann in der Regel nachteilige AGB nicht kompensieren, da die Wechselwirkung zwischen einzelnen AGB-Klauseln und dem Preis der Anbieterin nicht festgestellt werden kann.²⁵⁸ Die Preishöhe bestimmt sich normalerweise nach den Markt- und Wettbewerbsverhältnissen.²⁵⁹ Da der AGB-Inhalt wegen zu hohen Informationskosten den Konsumenten nicht zugänglich ist, stellen AGB auch kein Wettbewerbsparameter dar.²⁶⁰ Eine pauschale Kompensation von AGB durch einen günstigen Preis würde somit zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Die oft fehlende Überprüfbarkeit der Kausalität zwischen dem Vertragspreis und den fraglichen Klauseln führt auch dazu, dass ein Kompensationsargument weder von der Gegenpartei noch dem Gericht nachvollzogen werden kann.

Ausnahmen müssen dann gemacht werden, wenn seitens der Verwenderin nachgewiesen werden kann, dass zwischen dem Preis und der nachteiligen Klausel Kausalität und Äquivalenz besteht.²⁶¹ Dies ist der Fall, wenn Konsumenten die Möglichkeit gegeben wird, zwischen verschiedenen Tarifen zu entscheiden, wie zum Beispiel bei Fluggesellschaften, die die Wahl zwischen

Art. 9 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Festnetz- und Mobilfunk-Anschlüsse der deutschen Telekom (Stand 28. Oktober 2022).

257 ATAMER/AL ABIAD/BACHMANN, S. 667.

258 Siehe dazu DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 212 m.w.N.; KOLLER, AJP 2014, S. 29; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 121 ff.; WIDMER, Rz 300 f.; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 456; Erman-LOOSCHELDERS, § 307 BGB N 17; Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 145. Vgl. aber KUT/STAUBER, Rz 119.

259 Vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 2007 – XII ZR 61/05, NJW-RR 2008, S. 818 ff., Rz 28: «*Behandelte man eine Klausel als wirksam, weil anderenfalls die Möglichkeit bestünde, dass der Verwender statt des vereinbarten Preises künftig einen höheren Preis verlangen würde, wäre den Verwendern mit dem Preisargument eine pauschale Rechtfertigung aller belastenden Klauseln an die Hand gegeben*»; BGH, Urteil vom 4. Juli 2017 – XI ZR 562/15, NJW 2017 Rz 48; OGH 6 Ob 220/09k vom 19. Mai 2010, ECLI:AT:OGH0002:2010:0060OB00220.09K.0519.000, zur Kündigungsklausel E. 2.2: «*Der historische Gesetzgeber des § 879 Abs 3 ABGB hat außerdem ausgeführt, dass der Vertragspartner sich die Gültigkeit unlauterer Bestimmungen nicht dadurch erkaufen können solle, dass er dafür – meist ohnehin nur vorgeblich – einen geringeren Preis für seine Leistung verlange, also beispielsweise eine Ware billiger verkaufe, dafür jedoch Gewährleistungspflichten ausschließe*». Vgl. auch KEMETMÜLLER, S. 100 f.

260 Siehe oben B.

261 Erman-LOOSCHELDERS, § 307 BGB N 17. Vgl. zur Frage der Äquivalenz z.B. BGH, Urteil vom 15. Februar 2019 – V ZR 77/18, NJW 2019, S. 2602 ff.

kostengünstigen Tickets ohne Stornierungsoption und teureren Tickets mit uneingeschränkter oder eingeschränkter Stornierungsoption anbieten.²⁶² Die Konsumenten sind sich bewusst, dass sie hier auf eine Rückerstattung der Zahlung verzichten und gerade darum den niedrigeren Preis zahlen. Klassisch ist auch das Beispiel von der Verwenderin, die dem Konsumenten eine Preisvariante mit und eine ohne Haftungsausschluss anbietet und der Konsument versteht, dass diese Preisreduktion aufgrund der Haftungsbegrenzung gewährt wird.²⁶³ Dies reicht für sich jedoch noch nicht aus, um die Interessen des Konsumenten gebührend auszugleichen. Hinzukommen muss, dass der Konsument auch der *cheapest insurer* ist und im Vergleich zur Verwenderin die Schadenswahrscheinlichkeit sowie -höhe besser einschätzen kann.²⁶⁴ Sollte hingegen die Verwenderin das Risiko für alle Kunden problemlos versichern können, und die Prämie nicht zu einer starken Preiserhöhung führen, kann die Tarifwahl kein Argument für einen Haftungsausschluss sein.²⁶⁵ Es muss eine reale Wahlfreiheit zwischen ökonomisch vernünftigen Alternativen bestehen.

4. Fallbeispiel: Verzicht auf Retrozessionen

Ein anderes Beispiel bieten Klauseln in Banken-AGB, wonach der Konsument auf den ihm gemäss Art. 400 Abs. 1 OR zustehenden Herausgabeanspruch bezüglich Drittvergütungen (sog. Retrozessionen) verzichtet.²⁶⁶ Der Verzicht des Konsumenten beruht in diesen Fällen teilweise darauf, dass er für das Auftragsverhältnis kein Entgelt zahlt, da die Bank die vereinnahmten Retrozessionen zur Subventionierung ihres Finanzdienstleistungsangebots nutzt.²⁶⁷ In den Fäl-

262 Dies führt aber nicht schon automatisch zu einem «Aushandeln» der Klauseln, so dass eine AGB-Kontrolle ganz entfällt. Siehe dazu BGH, Urteil vom 20. März 2018 – X ZR 25/17, NJW 2018, S. 2039, Rz 12 ff. Der BGH entschied in diesem Fall, dass auch bei Tickets, die diese Wahlmöglichkeit nicht geben, die Interessen des Luftverkehrsunternehmens überwiegen, so dass ein Ausschluss des Kündigungsrechts in AGB gültig vereinbart werden darf.

263 Siehe KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 781; WIDMER, Rz 301; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 123; zu Allgemeinen Versicherungsbedingungen auch JENNY, S. 50 f.

264 Siehe oben Fn. 194. Bei der Bewertung der Gültigkeit von stornierbaren und nichtstornierbaren Flugtickets war dies auch ein Argument des BGH: «*Demgegenüber kann der Fluggast, will er nicht den höheren Preis zahlen, zu dem typischerweise eine flexible Buchung erhältlich ist, mit der er in jedem Fall eine Erstattung des Flugpreises erreichen kann, für den Krankheitsfall, wie er im Streitfall vorlag, eine solche Erstattung regelmäßig durch eine Versicherung absichern*» (BGH, Urteil vom 20. März 2018 – X ZR 25/17, NJW 2018, S. 2039 ff., Rz 32). Wichtig ist hier, dass für den Fluggast der Umfang des Schadens (Ticketpreis) im Voraus bekannt ist und eine Versicherung standardmässig auch angeboten wird.

265 So auch Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 BGB N 146; Staudinger-WENDLAND, § 307 BGB N 138.

266 Siehe ausführlich zum Ganzen ATAMER/FURGER, S. 153 ff. Zu den vom Bundesgericht festgelegten Gültigkeitsvoraussetzungen dieser Verzichtsklauseln siehe BGE 137 III 393, 396 f., E. 2.2; BGE 132 III 460, 465 f., E. 4.2; Urteil des BGer 4A_355/2019 vom 13. Mai 2020, E. 3.1.

267 Siehe BGE 137 III 393, 398 ff., E. 2.4. Dazu RAMHARTER, S. 105 f.; BUCK-HEEB/ROTHENHÖFER, § 70 WpHG N 5; NÄNNI/VON DER CRONE, S. 384.

len, in denen die Verzichtsklausel sowie die vertragliche Entgeltbestimmung in einer direkten Relation stehen (der Konsument hat Wahlmöglichkeit zwischen unentgeltlicher und entgeltlicher Auftragsführung und entsprechendem Verzicht bzw. keinem Verzicht auf die Retrozessionen), kann unter Umständen von einer ausreichenden Kompensation ausgegangen werden.²⁶⁸ Dies setzt aber voraus, dass der Preisausgleich auf eine für den Konsumenten nachvollziehbare und transparente Weise geschieht. Die Bank muss also den Konsumenten vor Vertragsschluss auf den Verzicht sowie die damit verbundenen Nachteile hinweisen und ihm die Auswirkungen auf den für die Finanzdienstleistung zu zahlenden Preis aufzeigen.²⁶⁹ Im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen wird es aber in der Regel nicht möglich sein, bei Vertragsschluss mit den in einer Retrozessionsklausel zur Verfügung gestellten Information, die während der Geschäftsbeziehung anfallenden Drittvergütungen zu errechnen. Dies ist wettbewerbsrechtlich höchst problematisch, da diesfalls der Kunde weder den konkreten Preis erkennen noch die Angebote von ähnlichen Leistungsanbietern vergleichen kann.²⁷⁰ Um dieser Informationsasymmetrie entgegenzuwirken und den Preiswettbewerb anzukurbeln, erscheint es besonders wichtig, dass die Verwenderin in den AGB auch verpflichtet wird, den Konsumenten periodisch über die Höhe der effektiv angefallenen Retrozessionen zu unterrichten.²⁷¹ Dadurch würde dem Konsumenten zumindest im Nachhinein die Möglichkeit gegeben, seine Verzichtsentscheidung zu überdenken und seine Interessen ggf. durch einen Vertragsaustritt zu schützen.

268 Ebenso WAYGOOD-WEINER, S. 284 f.; PROBST, Jusletter vom 24. April 2017, Rz 46, Fn. 141; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 456; DIKE UWG-HEISS, Art. 8 N 212; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 122 f. m.w.N. Diese Kompensation bedeutet natürlich nicht, dass der Konsument durch diese AGB-Klausel auch auf die auftragsrechtliche Treue- und Sorgfaltspflicht der Verwenderin verzichtet. Gerade bei Vermögensverwaltungsverhältnissen wird die Gefahr eines Interessenkonfliktes durch Retrozessionen stark erhöht, so dass ein teilweises Verbot hier die richtigere regulatorische Antwort darstellen würde. Siehe dazu ATAMER/FURGER, IV und V.

269 Siehe Art. 26 FIDLEG. Zu den Anforderungen an die Aufklärung für einen gültigen Verzicht siehe AGGTELEKY, Rz 522–532.

270 Das Bundesgericht führt aus, dass wenn man davon «[aus]geht [...], dass im Vermögensverwaltungsgeschäft ohne Rückvergütungen anstelle der indirekten Kosten höhere direkte Kosten in Form von Honoraren anfallen würden und sich der Ertrag somit letztlich gleich bleibt, verzichtet der (informierte) Auftraggeber mit der Preisgabe seines Herausgabeanspruchs letztlich nicht auf Geld, sondern insbesondere auf das gesetzlich vorgegebene System zur Vermeidung von Interessenkonflikten» (BGE 137 III 393, 398, E. 2.4). Diese Aussage sollte jedoch relativiert werden. Dass der zu zahlende Betrag vermutlich gleichbleibt, ändert nichts an dem wettbewerbsrechtlichen Problem, dass die Kunden zur Zeit des Vertragsschlusses nicht wissen, welchen Preis sie für die Dienstleistung konkret bezahlen.

271 Siehe ATAMER/FURGER, S. 161 ff. Dazu, dass sich diese Pflicht schon aus Art. 400 Abs. 1 OR ergibt, REBER/EMMENEGGER/LEHMKUHL, S. 148 f.; ferner auch NÄNNI/VON DER CRONE, S. 383; EMMENEGGER/THÉVENOZ/REBER/HIRSCH, S. 196 f.; REBER, SZW 2022, S. 132 f. Einige Depotbanken praktizieren bereits eine periodische Rechenschaftsablegung in Bezug auf die erhaltenen Retrozessionen (bspw. das VZ <<https://www.vermoegenszentrum.ch/bankgeschaefte/gebuehrenmodelle#b>>, unter «Gebührenersparnis dank Retrozessionen»; zuletzt besucht am 23. Mai 2024).

F. Schlusswort

Wegen unüberwindbaren Informationsasymmetrien werden AGB in b2c-Verträgen nicht gelesen und auch nicht ausgehandelt. Sie verursachen ein klassisches Marktversagen und untergraben die Vertragsfreiheit, indem sie einseitig die Interessen der Verwenderin wahrnehmen und die der Konsumenten vollständig ausblenden. Diesem Marktversagen entgegenzusteuern ist die Aufgabe des Gesetzgebers sowie der Gerichte – falls man es mit der liberalen Marktwirtschaft und der Vertragsfreiheit ernst meint. Um die gestörte Vertragsparität wieder herzustellen, muss gezielt in den Inhalt der AGB eingegriffen werden. Die Rechtssicherheit gebietet es, dass der Gesetzgeber dafür eine repräsentative Liste von missbräuchlichen AGB-Klauseln erlässt, damit sich Wirtschaftsakteure sowie die Gerichte daran orientieren können. Solange jedoch diese, mit den Worten von MEIER-HAYOZ²⁷², «*strategische Verantwortung*» vom Gesetzgeber nicht wahrgenommen wird, obliegt die «*rechtspolitische Konkretisierungsaufgabe*» den Gerichten. Indem die Gerichte bis heute vorwiegend die «Ungewöhnlichkeitskontrolle» in den Vordergrund stellten und somit einer offenen Inhaltskontrolle gemäss Art. 8 UWG aus dem Weg gingen, versäumten sie es, dem Delegationsauftrag des Gesetzgebers zu entsprechen. Durch eine aktivere Kontrolle,²⁷³ wie sie Gerichte schon seit über dreissig Jahren in der EU praktizieren, hätte auch in der Schweiz ein höherer Standard der AGB erreicht werden können.²⁷⁴ Sollten die Gerichte in der Zukunft ihren Ansatz ändern, so werden sie bei jeder Klausel-Kontrolle eine ausführliche Abwägung der involvierten Privatinteressen vornehmen müssen. Damit dieser Abwägungsprozess nicht dezisionistisch bleibt, sondern eine – gerade im AGB-Recht sehr benötigte – regelbildende Funktion²⁷⁵ ausüben kann, müssen die zugrunde gelegten Wertungen und Präferenzen offengelegt und begründet werden. Ziel dieses Beitrags war es, Grundsätze und Kriterien einer solchen Interessenabwägung auszuführen und damit zur Regelbildung im Recht der AGB beizutragen.

272 Siehe oben Fn. 68.

273 Die Folge der Verletzung von Art. 8 UWG ist die Nichtigkeit gemäss Art. 19/20 OR und muss deswegen von den Gerichten *ex officio* berücksichtigt werden. Siehe dazu KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz 799. Vgl. auch Rz 374 ff. bzgl. der Rechtsprechungsübersicht des EuGH, der in jedem Stadium des Prozesses eine Kontrolle der Missbräuchlichkeit von Amts wegen strikt voraussetzt.

274 Es liegt auf der Hand, dass diese aktive Kontrolle dringend auch durch prozessrechtliche Massnahmen unterstützt werden muss. Vgl. zum Problem der Rechtsdurchsetzung jüngst ECOPLAN, RFA zu Verbandsklage und kollektivem Vergleich, Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zur Änderung der Zivilprozessordnung (Vorlage 21.082), Auftraggeber: Bundesamt für Justiz (BJ) und Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Bern, 23. Juni 2023.

275 RÖTHEL, S. 148 ff.

Zusammenfassung

Der vorliegende Beitrag behandelt die Grundsätze der Interessenabwägung im Rahmen der offenen AGB-Inhaltskontrolle gemäss Art. 8 UWG. Diese als Generalklausel konzipierte Bestimmung wurde 1986 mit der Begründung eingeführt, dass «[e]inseitig zugunsten des Vertragsredaktors konzipierte Abweichungen von der gesetzlichen Regelung, die im Normalfall einen gerechten Interessenausgleich verwirklicht, [...] die Grundvoraussetzungen privatautonomer Rechtsgestaltung in Frage [stellen] und [...] das Funktionieren unserer liberalen Rechtsordnung [gefährden].» Bis heute hat sich jedoch die Schweizer Gerichtspraxis sehr begrenzt mit der offenen Inhaltskontrolle von AGB auseinandergesetzt und ist dem Konkretisierungsauftrag in Art. 8 UWG weitgehend ausgewichen. Ziel dieses Beitrags ist es, unter Einbezug rechtsvergleichender Erkenntnisse, die Grundsätze sowie einzelne Kriterien der Abwägung der Parteiinteressen im Rahmen von Art. 8 UWG auszuarbeiten. Erörtert wird zunächst, an welchem objektiven Wertungsmassstab AGB gemessen werden, bzw. wie ein Bewertungskatalog entwickelt werden kann. Weiter wird analysiert, inwiefern die konkreten Umstände des Einzelfalls bei der Interessenabwägung Berücksichtigung finden, welcher Beurteilungszeitpunkt ausschlaggebend ist, und ob auch Drittinteressen eine Rolle spielen können. Anhand von Fallbeispielen wie der Risikoverteilung bei nicht autorisierten Zahlungsvorgängen, Einschränkung von Kündigungsrechten und Preisanpassungsklauseln in AGB wird aufgezeigt, dass unter anderem verfassungsrechtliche Wertungen, Verhältnismässigkeitserwägungen sowie ökonomische Gesichtspunkte bei der Interessenabwägung von Bedeutung sein können.

Résumé

La présente contribution traite des principes de la pesée des intérêts dans le cadre du contrôle ouvert du contenu CG selon l'art. 8 LCD. Cette disposition, conçue comme une clause générale, a été introduite en 1986 au motif que «[l]es dérogations à la réglementation légale qui sont conçues unilatéralement en faveur du rédacteur du contrat – alors que cette réglementation réalise normalement une juste péréquation des intérêts en présence – remettent en question les conditions dont dépend fondamentalement la forme juridique de l'autonomie contractuelle des particuliers et mettent en péril le bon fonctionnement de notre système juridique libéral.» Jusqu'à présent, la pratique judiciaire suisse s'est toutefois penchée de manière très limitée sur le contrôle ouvert des CG et a largement éludé la concrétisation de l'art. 8 LCD. L'objectif de cette contribution est d'élaborer les principes et les différents critères de la pesée des intérêts des parties dans le cadre de l'art. 8 LCD, en tenant compte de connaissances de

droit comparé. Il est d'abord discuté de la norme d'évaluation objective à laquelle les CG doivent être mesurées et de la manière dont un catalogue de critères d'évaluation peut être développé. Ensuite, il est analysé dans quelle mesure les circonstances concrètes du cas particulier sont prises en compte lors de la pesée des intérêts, quel est le moment déterminant pour l'évaluation et si les intérêts de tiers peuvent également jouer un rôle. À l'aide d'exemples de cas tels que la répartition des risques en cas de transactions de paiement non autorisées, les restrictions des droits de résiliation et les clauses d'adaptation des prix dans les CG, il est démontré que les valeurs constitutionnelles, les considérations de proportionnalité ainsi que les points de vue économiques, entre autres, peuvent jouer un rôle dans la pesée des intérêts.

Abstract

This article examines the principles of balancing conflicting interests in assessing the unfairness of standard contract terms (SCT) according to Art. 8 of the Unfair Competition Act (UCA). Art. 8 UCA, drafted as a blanket norm, was introduced in 1986 on the grounds that «[u]nilateral deviations in favor of the contract drafter from the legal framework, which typically ensures a fair balance of interests, undermine the fundamental principles of private autonomy [...] and jeopardize the functioning of our liberal legal system.» To date, however, Swiss courts have seldomly practiced their right to invalidate unfair SCT and have largely evaded the mandate of the lawmaker to concretize Art. 8 UCA. The aim of this article is to develop principles and specific criteria for balancing party interests under Art. 8 UWG, taking account of comparative legal findings. Firstly, the discussion focuses on the objective yardsticks against which SCT are measured, and how an assessment catalogue can be developed. The article then analyses the extent to which the specific circumstances of the individual case are taken into account when balancing party interests, which point in time is decisive for the assessment and whether third-party interests can also play a role. Finally, using case studies such as the distribution of risk in unauthorized payment transactions, restriction of termination rights and price adjustment clauses in GTC, it is shown that constitutional values, proportionality considerations and economic aspects, among others, can be important when balancing interests.

Literatur

- ABEGG ANDREAS, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Zürich/Basel/Genf 2004.
- ABEGGLEN SANDRO/COENDET THOMAS/GROSS DOMINIQUE, Aspekte der AGB-Kontrolle im Bankbereich, Insbesondere zur Inhaltskontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto: Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013, S. 83 ff.
- AESCHIMANN LISA, Die Verbandsklage bei missbräuchlichen AGB, Unter besonderer Berücksichtigung des Unterlassungsanspruchs, Zürich/Basel/Genf 2022.
- AGGTELEKY TOBIAS, Zivil- und aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten beim Execution-only-Geschäft, Zürich 2022.
- ANDENAS MADDS/FAIRGRIEVE DUNCAN (Hrsg.), Courts and Comparative Law, Oxford 2015.
- APPENZELLER CARMEN, Die europäische AGB-Kontrolle, Baden-Baden 2017.
- ARNET RUTH, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Bern 2007.
- ATAMER YEŞİM M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem artlarının Denetlenmesi [*Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen der Begrenzung der Vertragsfreiheit*], 2. Aufl., Istanbul (zit. ATAMER, Kontrolle AGB).
- ATAMER YEŞİM M., Haftung des gewerblichen Verkäufers für Schäden durch mangelhafte Ware: Ist das Verschuldenserfordernis sachgerecht?, ZSR 2011 I, S. 449 ff. (zit. ATAMER, ZSR 2011 I).
- ATAMER YEŞİM M., Why Judicial Control of Price Terms in Consumer Contracts Might Not Always Be the Right Answer – Insights from Behavioural Law and Economics, 80(4) MLR 2017, S. 624 ff. (zit. ATAMER, MLR 2017).
- ATAMER YEŞİM M., Unlauterer Wettbewerb durch Nutzung von ungültigen AGB?, in: Susan Emmenegger/Stephanie Hrubesch-Millauer/Frédéric Krauskopf/Stephan Wolf (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, S. 35 ff. (zit. ATAMER, FS Koller).
- ATAMER YEŞİM M./AL ABIAD TAREK/BACHMANN PERLA, Preisanpassungsklauseln in AGB von Dauerschuldverhältnissen, EF 12/2023, S. 664 ff.
- ATAMER YEŞİM M./AUGENHOFER SUSANNE/POŁUDNIAK GIERZ KATARZYNA/KÜTER REBECCA, Feedback of the European Law Institute on the European's Commission Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods (COM[2023] 155 final), European Law Institute, Approved by the ELI Council on 24 May 2023.

- ATAMER YEŞİM M./EGGEN MIRJAM/HUG DARIO, Zur Modernisierung des schweizerischen Gewährleistungsrechts im Fahrniskauf, Jusletter vom 20. November 2023.
- ATAMER YEŞİM M./FURGER MAURUS, Klassiker der Banken-AGB: Vertragsänderungsvorbehalts- und Retrozessionsverzichtsklauseln – Gedanken anlässlich des Urteils des Handelsgerichts Zürich HG210223-O vom 21. Juni 2023, SZW 2/2024, S. 140 ff.
- ATAMER YEŞİM M./KÜNG JAN, Haftungsbegrenzung bei kaufvertraglicher Sachgewährleistung, AJP 9/2021, S. 1093 ff.
- ATAMER YEŞİM M./PICHONNAZ PASCAL (Hrsg.), Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts, Cham 2020.
- BAUDENBACHER CARL, Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983.
- BAUER FRANZ/KÖHLER BEN (Hrsg.) Proportionality in Private Law, Tübingen 2023.
- BECHTOLD STEFAN, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, Ein rechtsökonomischer Beitrag zu einer Rechtsetzungslehre des Privatrechts, Tübingen 2010.
- BECK HANNO, Behavioral Economics, Eine Einführung, Wiesbaden 2014.
- BECKERT WALTER/SICILIANI PAOLO, Protecting Sticky Consumers in Essential Markets, 61 Review of Industrial Organization 2022, S. 247 ff.
- BEHRENS PETER, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts: politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz, Tübingen 1986.
- BELSER EVA MARIA, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg 2000.
- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte I, Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl., Zürich 2021.
- BERNET SANDRO/VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftungsrechtliche Stellung der Bank bei Vollmachtsverhältnissen, SZW 2020, S. 489 ff.
- BIEDER MARKUS, Das ungeschriebene Verhältnismässigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, München 2007.
- BINGHAM THOMAS H., Widening Horizons, The Influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law, Cambridge 2010.
- BOHNET FRANÇOIS, The Liability of the Holder of a Credit Card for Unauthorized Purchases under Swiss Law: Shall we Follow the American Model?, SZW 2000, S. 265 ff.

- BORGES GEORG, § 167 BGB, in: Georg Borges/Marc Hilber (Hrsg.) Beck'scher Online Kommentar IT-Recht, 13. Aufl., Stand 01.05.2021.
- BORGOGNO OSCAR/COLANGELO GIUSEPPE, Consumer Inertia and Competition-sensitive Data Governance: The Case of Open Banking, EuCML 4/2020, S. 143 ff.
- BRACHER NICOLAS, Legitimationsprüfung und Risikotransfer bei E-Mail-Zahlungsaufträgen, SZW 2018, S. 156 ff.
- BRUNNER ALEXANDER, Entwicklung des schweizerischen Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 13 ff. (zit. BRUNNER, Entwicklung)
- BRUNNER ALEXANDER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Ernst A. Kramer (Hrsg.), Konsumentenschutz im Privatrecht, Basel 2008, S. 118 ff. (zit. BRUNNER, AGB)
- BUCHER EUGEN, Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen, recht 1984, S. 97 ff. (zit. BUCHER, recht 1984).
- BUCHER EUGEN, Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?, recht 1997, S. 41 ff. (zit. BUCHER, recht 1997).
- BUCK-HEEB PETRA/ROTHENHÖFER KAY, § 70 WpHG, in: Christoph Seibt/Petra Buck-Heeb/Rafael Harnos (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Wertpapierhandelsrecht, 10. Aufl., Stand: 01.01.2024.
- BUFF FELIX, Vertragliche Anpassungsklauseln im schweizerischen Recht, Zürich 2016.
- BUSCH DANNY/LEHMANN MATTHIAS (Hrsg.), Unfair Terms in Banking and Financial Contracts, Oxford 2023.
- BÜYÜKSAGIS ERDEM, La bonne foi dans l'article 8 LCD: un remède à l'impuissance des consommateurs face aux clauses générales «soi-disant» négociées?, AJP 2012, S. 1393 ff.
- CAMAVDIO BENJAMIN, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_275/2019 vom 29. August 2019, A. gegen Verein B., Unterrichtsvertrag, Widerruf, Unzeit, Vorliegen wichtiger Gründe, allgemeine Geschäftsbedingungen, AJP 2020, S. 236 ff.
- CANARIS CLAUS-WILHELM, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 2000, S. 273 ff. (zit. CANARIS, AcP 2000).

- CANARIS CLAUS-WILHELM, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, wiedergegeben in: Jörg Neuner/Hans Christoph Grigoleit (Hrsg.), *Gesammelte Schriften, Band III: Privatrecht*, Berlin 2012, S. 35 ff. (zit. CANARIS, *iustitia distributiva*).
- CASPERS SVEN, Die den Vertragsschluss begleitenden Umstände im Sinne von § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB, München 2011.
- COENDET THOMAS, Gesetzgebungsstrategie des neuen AGB-Rechts, ZSR 2014 I, S. 45 ff.
- COOTER ROBERT/ULEN THOMAS, *Law & Economics*, 6. Aufl., Boston 2012.
- CRÉMER JACQUES/DE MONTJOYE YVES-ALEXANDRE/SCHWEITZER HEIKE, *Competition policy for the digital era, Report for the European Commission*, 2019, S. 81 ff.
- CZIUPKA JOHANNES, *Dispositives Vertragsrecht, Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster*, Tübingen 2010.
- DAGAN HANOCH, Between Regulatory and Autonomy-Based Private Law, *ELJ* 22/2016, S. 644 ff.
- DEDUAL ALESSIA, *Geltungserhaltende Reduktion, Richterliche Ersatzregeldbildung im schweizerischen Vertragsrecht*, Tübingen 2017.
- DIEBOLD NICOLAS/RÜTSCHKE BERNHARD, *Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Band 1: Grundlagen*, Zürich/Genf 2023.
- DOMAJ TANJA, Art. 10, in: Reto Heizmann/Leander D. Loacker (Hrsg.), *DIKE Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Zürich/St. Gallen 2018.
- DRUEY JEAN NICOLAS, Interessenabwägung – Eine Methode?, *St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Beiträge zur Methode des Rechts*, Bern 1981, S. 131 ff.
- EGLI PATRICIA, *Drittwirkung von Grundrechten: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht*, Zürich 2002.
- EIDENMÜLLER HORST, *Effizienz als Rechtsprinzip, Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 4. Aufl., Tübingen 2015.
- EMMENEGGER SUSAN, Das Zeitelement in der richterlichen Fortbildung des schweizerischen Rechts, *RabelsZ* 2015, S. 367 ff. (zit. EMMENEGGER, *RabelsZ* 2015)
- EMMENEGGER SUSAN, PSD2: Eckpunkte und Relevanz für Schweizer Finanzdienstleister, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Zahlungsverkehr*, Basel 2018, S. 52 ff. (zit. EMMENEGGER, PSD2)

- EMMENEGGER SUSAN/DÖBELI THIRZA, Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?, SZW 2018, S. 639 ff.
- EMMENEGGER SUSAN/THÉVENOZ LUC/REBER MARTINA/HIRSCH CÉLIAN, Das schweizerische Bankprivatrecht 2020 (1/2), SZW 2021, S. 192 ff.
- EMMENEGGER SUSAN/TSCHENTSCHER AXEL, Art. 1, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, S. 131 ff.
- ERNST WOLFGANG, Die Vertragsordnung – Rückblick und Ausblick, ZSR 2018 II, S. 5 ff. (zit. ERNST, ZSR 2018 II).
- ERNST WOLFGANG, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Vertragsordnung, in: Helmut Heiss/Leander D. Loacker (Hrsg.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich 2020, S. 191 ff. (zit. ERNST, AGB).
- FERRARI HOFER LORENZA/VASELLA DAVID, Art. 8 UWG, in: Marc Amstutz/Yesim M. Atamer (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, KKG, PauRG und PrHG, 4. Aufl., Zürich/Genf 2023.
- FORNASIER MATTEO, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, Zugleich ein Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin 2013 (zit. FORNASIER, Markt).
- FORNASIER MATTEO, A Short Biography of the Unfair Contract Terms Directive on the Occasion of Its 30th Anniversary, ERPL 2023, S. 1143 ff. (zit. FORNASIER, ERPL 2023).
- FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/HONSELL HEINRICH, Art. 4 ZGB in: Thomas Geiser/Christina Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.
- FUHRER STEPHAN, Aufpassen beim Anpassen – Möglichkeiten und Grenzen der einseitigen Änderung von Versicherungsverträgen, in: Heinrich Honsell/Wolfgang Portmann/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 409 ff.
- FURRER ANDREAS, Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz?, HAVE 2011, S. 324 ff.
- FUTTER ANDREA/GALLI DARIO/VISCHER MARKUS, Unterrichtsvertrag: Entschädigungspflicht bei Kündigung zur Unzeit, in: dRSK, publiziert am 25. März 2020.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

- GIGER HANS, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983.
- GOLDBERG VICTOR, Framing Contract Law, An Economic Perspective, Cambridge/London 2006.
- GRUNDMANN STEFAN, Pluralistische Privatrechtstheorie, Prolegomena zu einer pluralistisch-gesellschaftswissenschaftlichen Rechtstheorie als normativem Desiderat („normativer Pluralismus“), *RabelsZ* 2022, S. 364 ff.
- GSELL BEATE/KRÜGER WOLFGANG/LORENZ STEPHAN/REYMAN CHRISTOPH (Hrsg.), *beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB*, München 2024 (zit. BeckOGK-BEARBEITER/IN).
- HABERBECK PHILIPP, Schadenersatz bei schuldloser unzeitiger Auftragskündigung?, *Jusletter* vom 7. Oktober 2019.
- HANAU HANS, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, *Zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungen wegen*, Tübingen 2004.
- HARDEGGER IDA, Über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken – Rechtliche Behandlung, unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter Klauseln, Bern 1991.
- HEISS HELMUT, Art. 8, in: Reto Heizmann/Leander D. Loacker (Hrsg.), *DIKE Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Zürich/St. Gallen 2018.
- HEISS HELMUT/LOACKER LEANDER D., Konsumentenschutz – eine Typologie, in: Reto Heiss/Leander D. Loacker (Hrsg.), *Grundfragen des Konsumentenrechts*, Zürich 2020, S. 29 ff.
- HELLGARDT ALEXANDER, Regulierung und Privatrecht, Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016 (zit. HELLGARDT, Regulierung).
- HELLGARDT ALEXANDER, Regelungsziele im Privatrecht, in: Florian Möslein (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht*, Tübingen 2019, S. 121 ff. (zit. HELLGARDT, Regelungsziele).
- HELLGARDT ALEXANDER, Krisenbewältigung und Vertragsrecht, *AcP* 2023, S. 234 ff. (zit. HELLGARDT, *AcP* 2023).
- HELLWEGE PHILLIP, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, Tübingen 2010.
- HENNIGS STEFAN, Unlauterer Wettbewerb durch Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln, Baden-Baden 2017.

- HERRESTHAL CARSTEN, Private Macht im Vertragsrecht – Austauschverträge, in: Florian Möselein (Hrsg.), Private Macht, Tübingen 2016, S. 145 ff.
- HESS MARKUS/RUCKSTUHL LEA, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, AJP 2012, S. 1188 ff.
- HOLTZ HAJO MICHAEL, Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht, Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von UWG und dem Recht der AGB, Baden-Baden 2010.
- HONSELL HEINRICH, Iustitia distributiva – iustitia commutativa, in: Martin J. Schermaier/J. Michael Rainer/Laurens C. Winkel (Hrsg.), Iurisprudentia universalis, Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, Köln 2002, S. 287 ff.
- HOPT KLAUS J., VI. Bankgeschäfte, in: Klaus J. Hopt (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 43. Aufl., München 2024.
- HORTAÇSU ALI/MADANIZADEH SEYED ALI/PULLER STEVEN L., Power to Choose? An Analysis of Consumer Inertia in the Residential Electricity Market, 9(4) American Economic Journal: Economic Policy 2017, S. 192 ff.
- HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Art. 4, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012.
- HUBMANN HEINRICH, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 1956, S. 85 ff.
- HUG DARIO, La formation du contrat de consommation, Basel 2020 (zit. HUG, La formation).
- HUG DARIO, Towards a Sustainable Interpretation of Standard Contract Terms?, in: Marta Santos Silva et al. (Hrsg.), Routledge Handbook of Private Law and Sustainability, Abingdon 2024, S. 28 ff. (zit. HUG, Sustainable Interpretation)
- HUGUENIN CLAIRE, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der neuen EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, recht 1995, S. 85 ff. (zit. HUGUENIN, recht 1995).
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. HUGUENIN, Obligationenrecht).
- JENNY MARIUS, Inhaltskontrolle nach revidiertem Art. 8 UWG, Folgerungen für die Ausgestaltung Allgemeiner Versicherungsbedingungen (ABV), Zürich/St. Gallen 2014.
- JENTSCH VALENTIN, Grundlagen und Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 2020, S. 73 ff. (zit. JENTSCH, recht 2020).

- JENTSCH VALENTIN, Schutzzweck der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen, SZW 2020, S. 106 ff. (zit. JENTSCH, SZW 2020).
- KADNER GRAZIANO THOMAS, Ist justizielle Rechtsvergleichung legitim? – Gedanken zum Anlass der aktuellen Diskussion, in: Jörg Schmid/Alexander H.E. Morawa/Lukas Heckendorn Urscheler (Hrsg.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung – Praxis, Legitimität und Methodik, Referate und Diskussionen der Tagung vom 12. September 2013 in Luzern, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 11 ff.
- KEMETMÜLLER MAXIMILIAN, Couponing-Plattformen: Preisargument beim Gutscheinkauf, VbR 53/2019, S. 99 ff.
- KILGUS SABINE, Haftung für Unterschriftenfälschung im Bankverkehr und die Zulässigkeit ihrer Wegbedingung durch AGB, Diss. Zürich 1988.
- KIRSTEN STEFAN, Verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung für Sachmängel beim Warenkauf?, Tübingen 2009.
- KODEK GEORG, Abwägungsentscheidungen im Privatrecht, in: Lamiss Khakzadeh-Leiler/Sebastian Schmid/Karl Weber (Hrsg.), Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen, Wien 2014, S. 129 ff.
- KOLLER THOMAS, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, S. 943 ff. (zit. KOLLER, AJP 2008)
- KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto: Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013, S. 17 ff. (zit. KOLLER, Bankrechtstagung).
- KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, AJP 2014, S. 19 ff. (zit. KOLLER, AJP 2014).
- KÖTZ HEIN, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, 43(3) JuS 2003, S. 209 ff. (zit. KÖTZ, JuS 2003).
- KÖTZ HEIN, Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung, JuS 2013, S. 289 ff. (zit. KÖTZ, JuS 2013).
- KRAMER ERNST A., Topik und Rechtsvergleichung, RabelsZ 1969, S. 1 ff. (zit. KRAMER, RabelsZ 1969).
- KRAMER ERNST A., Die «Krise» des liberalen Vertragsdenkens, München/Salzburg 1974 (zit. KRAMER, Krise).
- KRAMER ERNST A., Art. 19–20 OR, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Obligationenrecht, Band VI, Art. 19–22 OR, Bern 1991 (zit. BK-KRAMER).
- KRAMER ERNST A., Konzeptionsfragen zur Vertragsinhaltskontrolle, ZSR 2018 I, S. 295 ff. (zit. KRAMER, ZSR 2018 I).

- KRAMER ERNST A., Das unfertige Gebäude der AGB-Inhaltskontrolle im schweizerischen Recht, recht 2023, S. 181 ff. (zit. KRAMER, recht 2023).
- KRAMER ERNST A./ARNET RUTH, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl., Bern 2024.
- KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS/PERRIG ROMAN, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., Zürich 2023.
- KRÜGER WOLFGANG (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241–310, 9. Aufl., München 2022 (zit. MüKoBGB-BEARBEITER/IN).
- KUT AHMET/STAUBER DEMIAN, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Jusletter vom 20. Februar 2012.
- LANGENBUCHER KATJA, Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, München 2001.
- LANGER STEFAN, § 6 KSchG, in: Anne Marie Kosesnik-Wehrle (Hrsg.), Konsumentenschutzgesetz (KSchG) und Fern- und Auswärtsgeschäftegesetz, 4. Aufl., Wien 2015.
- LEHMANN MATTHIAS/BUSCH DANNY, Make It Stringent: A Plea for an Unfair Terms Regulation, ERPL 2023, S. 1175 ff.
- LEISTNER MATTHIAS, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, Tübingen 2007.
- LEUSCHNER LARS, Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, AcP 2007, S. 491 ff. (zit. LEUSCHNER, AcP 2007).
- LEUSCHNER LARS, AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen – Unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen, Forschungsprojekt im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Abschlussbericht vom 30. September 2014 (zit. LEUSCHNER, AGB-Recht).
- LEUSCHNER LARS, Einleitung, in: Lars Leuschner (Hrsg.), AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB mit Klauselteil, Erläuterungen zur Rechtswahl und Länderberichten, München 2021 (zit. LEUSCHNER, Einleitung).
- LEYENS PATRICK C./SCHÄFER HANS-BERND, Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, AcP 2010, S. 771 ff.
- LINDACHER WALTER F./PFEIFFER THOMAS (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 7. Aufl., München 2020 (zit. Wolf/Lindacher/Pfeiffer-BEARBEITER/IN).

- LOACKER LEANDER D., Verhaltensökonomik als Erkenntnisquelle für die Rechtsetzung, in: Bea Verschraegen (Hrsg.), Interdisziplinäre Studien zur Komparatistik und zum Kollisionsrecht III, Wien 2012, S.45 ff. (zit. LOACKER, Verhaltensökonomik).
- LOACKER LEANDER D., Preisanpassungsklauseln: Rechtsvergleichende Überlegungen *de lege lata* und *de lege (non) ferenda* am Beispiel der Versicherungsprämie, in: Anton K. Schnyder (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz: Rückblick und Zukunftsperspektiven, Zürich 2015, S. 127 ff. (zit. LOACKER, Preisanpassungsklauseln).
- LOOS MARCO/LUZAK JOASIA, Update the Unfair Contract Terms Directive for Digital Services, European Parliament, 2021, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies PE 676.006 – February 2021.
- LOOSCHELDERS DIRK, § 307 BGB, in: Harm Peter Westermann/Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer (Hrsg.), Erman BGB, Kommentar, 17. Aufl., Köln 2023.
- MAHLMANN MATTHIAS, Konkrete Gerechtigkeit, Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart, 6. Aufl., Basel/Baden-Baden 2022.
- MAIHOLD DIETER, § 33, in: Jürgen Ellenberger/Hermann-Josef Bunte (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl., München 2022.
- MAISSEN EVA, Die automatische Vertragsverlängerung, unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), Zürich 2012.
- MATHIS KLAUS, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 4. Aufl., Berlin 2019.
- MCCOLGAN PETER, Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen, Tübingen 2020.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Art.4, in: Hermann Becker, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art.1–10 ZGB, Bern 1962 (zit. BK-MEIER-HAYOZ).
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts, JZ 1981, S. 417 ff. (zit. MEIER-HAYOZ, JZ 1981).
- MEISE BARBARA/HUGUENIN CLAIRE, Art. 19/20, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-MEISE/HUGUENIN).
- MICKLITZ HANS-W., The Visible Hand of European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation, 28(1) Yearbook of European Law 2009, S. 3 ff.

- MITROVIC MILIVOJE, Einseitige Änderungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich/St. Gallen 2022.
- MORIN ARIANE, Les clauses contractuelles non négociées, ZSR 2009 I, S. 497 ff.
- MÖSLEIN FLORIAN, Dispositives Recht, Zwecke, Strukturen und Methoden, Tübingen 2011.
- NÄNNI MATTHIAS/VON DER CRONE HANS CASPAR, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung, SZW 2006, S. 377 ff.
- OESCH MATTHIAS, Der EuGH und die Schweiz, Kölliken 2023.
- PICHONNAZ PASCAL, Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, BR 2012, S. 140 ff. (zit. PICHONNAZ, BR 2012).
- PICHONNAZ PASCAL, L'effet rétroactif du changement de jurisprudence: quelques réflexions à l'aune du pluralisme méthodologique, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz/Bettina Hürlimann-Kaup/Christiana Foutoulakis (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 47 ff. (zit. PICHONNAZ, Mélanges Steinauer).
- PICHONNAZ PASCAL, Art. 8, in: Vincent Martenet/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi contre la concurrence déloyale (LCD), Basel 2017 (zit. CR LCD-PICHONNAZ).
- PICHONNAZ PASCAL/PIOTET DENIS, Art. 1–4 Tit. fin., in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil II, Art. 457–977 CC, Art. 1–61 Tit. fin. CC, Basel 2016 (zit. CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET).
- PICHT PETER, Tentative Digitalregulierung: das Paritätsklauselverbot des Art. 8a UWG, sic! 2023, S. 686 ff.
- POSNER RICHARD/ROSENFELD ANDREW M., Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, 6(1) The Journal of Legal Studies 1977, S. 83 ff.
- PROBST THOMAS, Die Änderung der Rechtsprechung – Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstgerichtlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law), Basel/Frankfurt am Main 1993 (zit. PROBST, Änderung).
- PROBST THOMAS, Wettbewerbsrecht und Konsumentenschutz – Ein (dis-)harmonisches Konkubinat?, Jusletter vom 6. Februar 2017 (zit. PROBST, Jusletter vom 6. Februar 2017).

- PROBST THOMAS, Bankgebühren und der Schutz des Kunden vor missbräuchlichen AGB, Jusletter vom 24. April 2017 (zit. PROBST, Jusletter vom 24. April 2017).
- PROBST THOMAS, Art. 8, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar SHK, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 3. Aufl., Bern 2023 (zit. SHK UWG-PROBST).
- RAMHARTER MARTIN, Inducements nach MiFID II und IDD und das zivilrechtliche Geschenkannahmeverbot (§ 1013 ABGB) (Teil I), VbR 2016/68, S. 103 ff.
- RAUE BENJAMIN, Plattformnutzungsverträge im Lichte der gesteigerten Grundrechtsbindung marktstarker sozialer Netze, NJW 2022, S. 209 ff.
- REBER MARTINA, Vergütung der Rechenschaft über Retrozessionen, SZW 2/2022, S. 131 ff.
- REBER MARTINA/EMMENEGGER SUSAN/LEHMKUHL MARIANNE JOHANNA, Retro-Strafbarkeit nach Art. 158 StGB: Questions and (some) Answers, SZW 2021, S. 144 ff.
- REICH JOHANNES, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Zürich/St. Gallen 2011.
- REICHART PETER, Betrugsversuche im Zahlungsverkehr im digitalen Zeitalter, SZW 2019, S. 392 ff.
- REMIEN OLIVER, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Tübingen 2003.
- RENNER MORITZ, Machtbegriff zwischen Privatrecht und Gesellschaftstheorie, in: Florian Möslin (Hrsg.), Private Macht, Tübingen 2016, S. 505 ff. (zit. RENNER, Machtbegriff).
- RENNER MORITZ, Zwingendes Recht als Teil einer Regelsetzungslehre des Privatrechts, in: Florian Möslin (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht, Tübingen 2019, S. 165 ff. (zit. RENNER, Zwingendes Recht).
- ROBERTO VITO/WALKER MARISA, AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, recht 2014, S. 49 ff.
- RÖTHEL ANNE, Normkonkretisierung im Privatrecht, Tübingen 2004.
- RUSCH ARNOLD F., Ein Fall einseitiger Erhöhung von Bankgebühren vor dem Ombudsman, Jusletter vom 28. März 2011 (zit. RUSCH, Jusletter vom 28. März 2011).
- RUSCH ARNOLD F., Schadensabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle, SZW 2012, S. 439 ff. (zit. RUSCH, SZW 2012).

- RUSCH ARNOLD F./HUGUENIN CLAIRE, Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag, SZW 2008, S. 37 ff.
- RUSCH ARNOLD F./MAISSEN EVA, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter vom 12. Dezember 2011.
- SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin 2020.
- SCHALLER JEAN-MARC, Legitimationsmängel, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Basel 2017, S. 45 ff.
- SCHLOSSER PETER F., § 11 UKlaG, in: Gerald Mäsch/Matthias Wendland/Dagmar Coester-Waltjen/Andreas Piekenbrock/Markus Stoffels (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 305–310, UKlaG, Berlin 2022.
- SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 1/2012, S. 1 ff. (zit. SCHMID, ZBJV 2012).
- SCHMID JÖRG, AGB und die Rolle des dispositiven Rechts, in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, S. 205 ff. (zit. SCHMID, AGB).
- SCHMID JÖRG/ZBINDEN OLIVER Rechtsvergleichung in der obligationenrechtlichen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts – Anwendungsfälle und kritische Würdigung, in: Jörg Schmid/Alexander H.E. Morawa/Lukas Heckendorn Urscheler (Hrsg.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung – Praxis, Legitimität und Methodik, Referate und Diskussionen der Tagung vom 12. September 2013 in Luzern, Zürich 2014, S. 67 ff.
- SCHMOLKE KLAUS ULRICH, Vertragstheorie und ökonomische Analyse des Vertragsrechts, in: Emanuel V. Towfigh/Niels Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 3. Aufl., Tübingen 2023, S. 119 ff.
- SCHNYDER ANTON K., Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, in: Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, S. 39 ff.
- SCHWEIZER RAINER J., Art. 35 BV, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen/Genf 2023.
- SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020.

- SETHE ROLF, Konsumentenschutz beim Vermögensaufbau, in: Helmut Heiss/Leander D. Loacker (Hrsg.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich 2020, S. 229 ff.
- SOMMERFELD ANTONIA, AGB-Reform und Rechtsflucht, Bedeutung der Rechtsflucht für die AGB-Reformdebatte im unternehmerischen Rechtsverkehr, Tübingen 2021.
- STICHER WALTER, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem, Luzern 1981.
- STÖCKLI HUBERT, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 1/2011, S. 184 ff.
- STÜRNER MICHAEL, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Schuldvertragsrecht, Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, Tübingen 2010.
- THOUVENIN FLORENT, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, Jusletter vom 29. Oktober 2012 (zit. THOUVENIN, Jusletter vom 29. Oktober 2012).
- THOUVENIN FLORENT, Art. 8, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit. BSK UWG-THOUVENIN).
- TISCHBIREK ALEXANDER, Die Verhältnismässigkeitsprüfung, Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Tübingen 2017.
- TRACHSEL JOHN, Zur Rückwirkung richtunggebender Gerichtssprüche im Privatrecht, ZSR 2021 I, S. 343 ff.
- TRIMARCHI PIETRO, Die Regelung der Vertragshaftung aus ökonomischer Sicht, ZHR 136 (1972), S. 118 ff.
- TSCHENTSCHER AXEL, Schutzpflichten, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, S. 1317 ff.
- UHLMANN FELIX, Art. 27, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-UHLMANN).
- ULMER PETER/BRANDNER HANS ERICH/HENSEN HORST-DIETER (Hrsg.), ABG-Recht, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum UKlaG, 13. Aufl., Köln 2022 (zit. Ulmer/Brandner/Hensen-BEARBEITER/IN).
- VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER, Art. 27, in: Bernhard Ehrenzeller et. al (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen/Genf 2023 (zit. SGK-VALLENDER/HETTICH).

- VISCHER MARKUS, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, AJP 2014, S. 964 ff. (zit. VISCHER, AJP 2014).
- VISCHER MARKUS, Art. 1–4 SchlT ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK ZGB II-VISCHER).
- VOGENAUER STEFAN, Interpretation of Contracts and Control of Unfair Terms in Asia: A Comparison, in: Mindy Chen-Wishgart/Stefan Vogenauer (Hrsg.), Contents of Contracts and Unfair Terms, Oxford 2020, S. 477 ff.
- WAGNER GERHARD, Zwingendes Vertragsrecht, ZEuP 4/2018, S. 821 ff.
- WAIS HANNES/PFEIFFER THOMAS (Hrsg.), Judicial Review of Commercial Contracts, A Comparative Handbook, München 2022.
- WALDMANN BERNHARD, Art. 35, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-WALDMANN).
- WALKER NADIA, Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, Diss. St. Gallen 2015.
- WAYGOOD-WEINER ANETTE, Rückvergütungen und Interessenkonflikte in der Finanzbranche, Zürich/St. Gallen 2014.
- WEBER ROLF H., Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 1985, S. 85 ff. (zit. WEBER, SJZ 1985).
- WEBER ROLF H., Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Grundrechte, SZW 2020, S. 18 ff. (zit. WEBER, SZW 2020).
- WENDEHORST CHRISTIANE, Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht – materiellrechtliche Aspekte, in: Verhandlungen des 21. Österreichischen Juristentags Wien 2022, Bd. II/1, Wien 2022, S. 1 ff.
- WENDLAND MATTHIAS, § 307 BGB, in: Gerald Mäsch/Matthias Wendland/Dagmar Coester-Waltjen/Andreas Piekenbrock/Markus Stoffels (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 305–310, UKlaG, Berlin 2022.
- WHITTAKER SIMON, Chapter 40: Consumer Contracts, in: Hugh Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts, Vol. II, Specific Contracts, London 2021.
- WIDMER ESTHER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG, Bern 2014.
- WIEGAND WOLFGANG, Die Rechtsbeziehung Bank-Kunde in der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Aktuelle Probleme im Bankrecht, Bern 1994, S. 129 ff.

WILDHABER ISABELLE, Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr, SJZ 2011, S. 537 ff.

WOLF MANFRED/LINDACHER WALTER F./PFEIFFER THOMAS (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 7. Aufl., München 2020 (zit. Wolf/Lindacher/Pfeiffer-BEARBEITER/IN).

WURMNEST WOLFGANG, § 307–309, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, 9. Aufl., München 2022.

ZAMIR EYAL/TEICHMAN DORON, Behavioral Law and Economics, Oxford 2018.