



Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen

203

ARNOLD F. RUSCH

Erfolgt die Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen anhand des konkreten Falles oder abstrahiert wie bei einem Gesetz? Gebietet die Unklarheitenregel die Berücksichtigung auch von nichtigen Auslegungsvarianten, weil dies für den Konsumenten günstiger ist? Die Parallelität des Verbands- und Individualprozesses sowie Effizienz- und Effektivitätsüberlegungen gebieten eine vom Einzelfall abstrahierte Auslegung sowie die Berücksichtigung nichtiger Auslegungsvarianten als kundenfreundlichste Auslegung.

Comment faut-il interpréter les conditions générales – en face du cas concret ou bien selon une méthode abstraite, comme on interprète les lois? La règle dite «interpretatio contra stipulatorem» mènera-t-elle également à une version frappée de nullité? L'auteur démontre que, pour des raisons d'efficacité et d'identité du contrôle dans l'action d'un individu et d'une organisation, chaque interprétation se fait d'une manière abstraite et, en face de deux versions possibles, qu'il faut choisir celle qui est frappée de nullité, car elle est en vérité la version la plus favorable pour le consommateur.

Inhaltsübersicht

- I. Worum geht es?
- II. Wie funktioniert die Auslegung von AGB?
- III. Wie lässt sich die ratio dieser Vorgehensweise beschreiben?
- IV. Gibt es weitere Beispiele?
 - 1. Freizeichnungsklauseln
 - 2. Zwingendes Widerrufsrecht beim Auftrag
 - 3. Ablauf von Gutscheinen
 - 4. Kostenangaben mit Bandbreite

I. Worum geht es?

«Wenn mehrere Auslegungsalternativen bestehen, ist von der Auslegung auszugehen, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt. Massgebend ist also die scheinbar kundenfeindlichste Auslegung, denn sie ist in Wahrheit die dem Kunden günstigste (...).»¹ Sind alle Alternativen gültig, gelte die kundenfreundlichste. So beschreibt CHRISTIAN GRÜNEBERG im aktuellen Palandt kurz und prägnant die Vorgehensweise bei der Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen. Dies muss auch in der Schweiz richtig sein, und zwar kombiniert mit einer objektivierten, vom konkreten Fall losgelösten Betrachtung. Beides entspricht hier nicht herrschender Lehre – einzig die abstrahierte Auslegung bei Art. 8 UWG vertreten mehrere Autoren². Die nachfolgenden Überlegungen richten den Fokus

auf die *ratio* der hier vertretenen Ansichten und beschreiben die Vorgehensweise anhand mehrerer Beispiele.

II. Wie funktioniert die Auslegung von AGB?

In einem Gasliefervertrag halten die AGB folgendes fest: «Das Gaswerk ist berechtigt, die Gaspreise zu ändern, wenn eine Preisänderung durch den Vorlieferanten des Gaswerks erfolgt.» Gegenstand der Beurteilung muss die vom konkreten Einzelfall abstrahierte Betrachtung bilden, die auf tatsächlich erfolgte Preisanpassungen nicht eingeht³. Ansonsten würde sich eine Diskrepanz der Kontrollmöglichkeiten zwischen Individual- und Verbandsprozess (Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG) ergeben, bei dem kei-

rich 1988, 159; ERNST KRAMER, Berner Kommentar, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, Art. 1 OR, Bern 1980/1985, OR 1 N 218 f. (mit der Einschränkung, dass relevante Einzelfallumstände selten seien) und OR 18 N 60; generell für eine einheitliche Auslegung INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. A., Bern 2012, N 45.08; einheitlich nur für die Belange von Art. 8 UWG FLORENT THOUVENIN, in: Reto M. Hilty/ Reto Arpagaus Reto (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013, UWG Art. 8 N 92, MARTINA BUOL, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss. Fribourg 1996, N 210 und GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 2), N 1242; THOMAS KOLLER, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto, Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Schweizerische Bankrechtstagung 2013, Basel 2013, 17 ff., 50 f., 57 f., 63 f., 67 f. spricht sich für eine abstrakte, rigorose und kundenfeindliche Kontrolle aus.

³ Vgl. THOUVENIN (FN 2), UWG Art. 8 N 92.

¹ ARNOLD F. RUSCH, PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich.

² CHRISTIAN GRÜNEBERG, in: Otto Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 73. A., München 2014, BGB 305c N 18.

² Vgl. die h.l. bei PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I und II, 9. A., Zürich 2008, N 1240 ff.; EUGEN BUCHER, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. A., Zü-

ne Erhöhungen zur Beurteilung vorliegen. Die Auslegung der Klausel zeigt sodann *erstens*, dass das Gaswerk die Preise erhöhen kann, wenn die Vorlieferanten den Preis erhöhen. Denkbar ist *zweitens*, dass das Gaswerk nur Erhöhungen überwälzt, nicht aber Preissenkungen der Vorlieferanten weiterreicht. Das Gaswerk kann *drittens* den Preis massiv erhöhen, auch wenn der Vorlieferant den Preis nur ganz moderat anhebt. Das Gaswerk kann *viertens* den Preis sogar dann erhöhen, wenn die Vorlieferanten den Preis gesenkt haben⁴. Welche Auslegung «zählte» für die Inhaltskontrolle, aber auch für die Ungewöhnlichkeits- und die Unklarheitenregel? Es muss die für den Kunden unfreundlichste Auslegung sein, wenn sie zur Nichtigkeit oder zum Nichtbestehen der Preisänderungsklausel führt und das Gaswerk die Preise deshalb überhaupt nicht mehr erhöhen kann. Ein Gestaltungsrecht, dessen Inhalt keine Grenzen kennt, kann mangels Konsens nicht zustande kommen⁵. Ein solches Gestaltungsrecht würde, so es überhaupt existieren könnte, auch bei der Ungewöhnlichkeitsregel und der Inhaltskontrolle durchfallen. Dies muss auch für ein Anpassungsrecht gelten, das nur Kostenerhöhungen, nicht aber Kostensenkungen berücksichtigt. *A fortiori* gilt es für ein Anpassungsrecht, das eine Erhöhung sogar dann ermöglicht, wenn sich die Bezugskosten tatsächlich gesenkt haben. In allen Fällen zeigen sich eine vertragliche Inäquivalenz des Änderungsrechts und potentiell des Änderungsergebnisses besonders schnell und damit ein *nicht gerechtfertigtes Missverhältnis von Rechten und Pflichten*, wie es Art. 8 UWG verlangt. Diese Auslegung gilt für den Individual- und den Verbandsprozess. Im Individualprozess gilt sie folglich auch dann, wenn das Gaswerk im konkreten Fall Preissteigerungen *nur angemessen* oder *nur teilweise* überwälzt. Diese Auslegung passt teilweise⁶ zur bisherigen Auslegung bei der Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel. Auch hier ist nicht zu fragen, was konkret *passiert ist*, sondern *was passieren kann*. Die bundesgerichtliche Definition der Ungewöhnlichkeitsregel orientiert sich deshalb folgerichtig bei der Beurteilung von Änderungsklauseln am Zeitpunkt des Vertragsschlusses,

nicht an der späteren, konkreten Anwendung der Klausel⁷. Das Bundesgericht wendet zwar das Vertrauensprinzip an, allerdings erst, wenn kein übereinstimmendes konkretes Verständnis existiert⁸. Wenn der Richter dann fragt, wie man die Klausel *verstehen durfte und musste*, berücksichtigt er eine *objektivierte Empfängerseite*⁹. Die deutsche Rechtsprechung abstrahiert vom konkreten Willen und verstärkt den objektivierten Massstab, indem sich die Frage danach richtet, wie der Empfänger die Klausel verstehen musste *oder jedenfalls verstehen konnte*¹⁰.

III. Wie lässt sich die ratio dieser Vorgehensweise beschreiben?

Die *einheitliche und abstrahierte* Auslegung ist beim Verbandsprozess zwingend notwendig, weil gar kein konkreter Kunde und gar kein tatsächlicher Fall als Prüfobjekt vorliegen. *Kundenfeindlich* muss die Auslegung sein, weil die Betrachtung darauf abzielt, *alle* Anwendungsfälle und -möglichkeiten auszuloten¹¹. Diese Überlegungen müssen auch für den Individualprozess gelten, weil ansonsten die Gefahr *widersprüchlicher Urteile* besteht. Würde der Richter im Individualprozess auf die konkreten Verhältnisse abstehen, bestünde die Gefahr, «dass die Entscheidung im Individualprozess auf eine Klausel geegründet wird, die im Verbandsprozess für unwirksam zu erklären wäre.»¹² Es wäre stossend, wenn ein Individualkläger den Prozess verliert, das Gericht aber später im Verbandsverfahren die generelle Nichtigkeit der Klausel doch noch feststellen würde¹³.

Das Element der *kundenfeindlichsten* Auslegung, die zur Nichtigkeit der Klausel führt und deshalb die kün-

⁴ BGH, Urteil vom 29. April 2008 – KZR 2/07, in NJW 2008, 2172 ff., 2173 f., N 17 ff. Der BGH liess die Möglichkeit der Preiserhöhung trotz Preissenkung beim Vorlieferanten als kundenfeindlichste Auslegung nicht zu (2174, N 20). Die Vorinstanz berücksichtigte diese Auslegungsmöglichkeit (LG Dresden, 10 O 3613/05, Urteil vom 30. Juni 2006, E. I.1.d, BeckRS 2006, 08402).

⁵ BGE 135 III 1 ff., 10.

⁶ Sie passt insofern nicht, als die bundesgerichtliche Definition betont, dass die Ungewöhnlichkeitsregel stets den *konkreten* Vertragsschluss als Einzelfall beurteilt, vgl. BGE 135 III 1 ff., 7.

⁷ BGE 135 III 1 ff., 7, 13; BGE 119 II 443 ff., 446; vgl. ARNOLD F. RUSCH, Ein Fall einseitiger Erhöhung von Bankgebühren vor dem Ombudsman, Jusletter 28. März 2011, N 16.

⁸ BGE 109 II 452 ff., 458; besonders deutlich Urteil BGer 4A_288/2013, E. 2.2.

⁹ Vgl. BGE 116 II 431 ff., 434 f., das subjektive Verständnis ist nur dann relevant, wenn dieses beiden Parteien eigen war; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 2), N 209.

¹⁰ Vgl. dazu BGH, Urteil vom 31. Oktober 1984 – VIII ZR 226/83, in NJW 1985, 320 ff., 321, E. 2b.aa.

¹¹ HERMANN-JOSEF BUNTE, Das Urteil des BGH zur Gestaltung von Automobilvertragshändlerverträgen, NJW 1985, 600 ff., 600.

¹² BGH, Urteil vom 29. April 2008 – KZR 2/07, in NJW 2008, 2172 ff., 2173, N 19.

¹³ A.M. PETER SCHLOSSER, Kommentar zu § 305c BGB, in: J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2013 (zitiert: STAUDINGER-SCHLOSSER), BGB 305c N 108, m.w.H. zu h.L./Rsp.

denfreundlichste Auslegung darstellt, stellt auch beim Individualprozess ein wichtiges und effizientes Korrektiv mit Erziehungsfunktion dar. Würden die zur Nichtigkeit führenden, aber denkbaren Auslegungen bei der Beurteilung wegfallen, wäre nicht sichergestellt, dass AGB-Verwender später die feindlichen Auslegungen nicht doch gegenüber Konsumenten geltend machen¹⁴. Die potentiell gefährlichen Klauseln bestehen dann mit allen Unsicherheiten fort, was dem Ziel des gesamten AGB-Korrektivs, die fehlende Aushandlung zu korrigieren und die missbräuchlichen Klauseln zum Verschwinden zu bringen, diametral entgegensteht¹⁵. Es ist also eine Frage der *Kontroll- und Vollstreckungseffizienz*, Klauseln in allen denkbaren Auslegungsvarianten und Anwendungskonstellationen möglichst in einem Aufwasch zu prüfen. Zugleich vereinheitlicht die kundenfeindlichste Auslegung das Vorgehen im Verbands- und Individualprozess. Auch im Individualprozess hilft die kundenfeindlichste Auslegung, die zufolge Nichtigkeit günstigste Regelung zu finden. Sind alle Auslegungsvarianten gültig, kommt wie schon bisher die günstigste Variante zur Anwendung.

Die bundesgerichtliche Anwendung der Unklarheitenregel torpediert die vorne erläuterten Ziele. Das Bundesgericht hält stets fest, die Unklarheitenregel komme «erst bei Versagen aller übrigen Auslegungsgrundsätze» zur Anwendung¹⁶. Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist, wie vorne gezeigt, wegen der objektiven Betrachtung durchaus stimmig, aber welcher Konsument beherrscht die *teleologische* und insbesondere die *systematische* Auslegung, die das Bundesgericht als besonders wichtig erachtet¹⁷? Natürlich soll man schauen, in welchem Abschnitt oder unter welchem Titel die Klausel steht. Jegliche darüber hinausgehende systematische Auslegung berücksichtigt indes nicht, dass das Missbrauchspotential zweier sich widersprechender Klauseln in AGB gravierende Folgen zeitigen kann. Die systematische und die teleologische Auslegung korrigieren bereits den Inhalt einer Klausel. AGB-Klauseln müssen aus sich selbst heraus verständlich sein – jede Klausel kann für sich isoliert Anwendung gegenüber dem Konsumenten finden¹⁸. Ergibt sich die Bedeutung einer Klausel erst aus der systematischen Stellung, aus brancheneigenen

Fachbegriffen oder aus dem vom Verwender verfolgten Zweck, soll der Verwender dies dem Konsumenten nicht entgegenhalten können¹⁹. AGB sind gerade bekannt dafür, anfängliche Versprechen später wieder vollumfänglich zurückzunehmen – der berühmte Schweizer Fall des «*collision damage waiver*» ist ein Beispiel dafür²⁰. Die systematische und teleologische Auslegung einzelner Klauseln hat somit bei der Auslegung von AGB nichts verloren, weil dies die Kontrolleffizienz und die Transparenz der AGB beeinträchtigt²¹. Dasselbe gilt für das Restriktionsprinzip²², das in der Schweiz insbesondere bei Freizeichnungen zur Anwendung gelangt. Es besagt, dass Abweichungen vom dispositiven Recht eng auszulegen seien²³. Diese Auslegungsmethode mag als Krücke in einer Vergangenheit ohne Inhaltskontrolle hilfreich gewesen sein, doch leistet sie keinen Beitrag, die mehrdeutigen und missbräuchlich einsetzbaren Klauseln zum Verschwinden zu bringen.

Bei dieser Methode liesse sich kritisieren, dass sie Inhaltskontrolle und Auslegung vermische. Das stimmt vollumfänglich, doch prallt die Kritik ab. Auch bei der Ungewöhnlichkeitsklausel fand unter dem Titel der Konsenskontrolle stets eine verdeckte Inhaltskontrolle statt²⁴. Lehnt man die Methode der kundenfeindlichsten Auslegung ab, vermischt man Auslegung und Inhaltskontrolle genauso. Wenn nämlich jede Auslegungsvariante, die zur Nichtigkeit führt, bei der Beurteilung ausser Betracht fällt, praktiziert man im Ergebnis eine *geltungserhaltende Auslegung*, die ebenso Auslegung und Inhaltskontrolle vermischt. Die geltungserhaltende Auslegung ist entschieden abzulehnen, weil Laien sie nicht durchschauen und sich permanent den Klauseln mit potentiell gefährlicher Auslegung ausgesetzt sehen. Bei nüchterner Betrachtung ist die kundenfeindlichste Auslegung ein ganz gewöhnlicher Fall einer sog. *Folgenerwägung*, die bei der Auslegung und bei Entscheidungen, die Treu und Glauben berück-

¹⁴ JÜRGEN BASEDOW, Münchener Kommentar zu § 305c BGB, 6. A., München 2012. BGB 305c N 34 f., BUNTE (FN 11), NJW 1985, 600.

¹⁵ BUNTE (FN 11), NJW 1985, 600.

¹⁶ BGE 122 III 118 ff., 124.

¹⁷ BGE 122 III 118 ff., 122.

¹⁸ BUNTE (FN 11), NJW 1985, 601.

¹⁹ Richtig PETER ULMER/CARSTEN SCHÄFER, in: Peter Ulmer/Hans Erich Brandner/Horst-Dieter Hensen (Begr.), AGB-Recht, 11. A., Köln 2011 (zit. Ulmer/Brandner/Hensen-Verfasser), § 305c N 81 f.; gemäss Urteil BGer 4A_288/2013, E. 2.3 kann die Versicherung dem Kunden bei der Auslegung einer Klausel die «*logique d'assurance*» nicht entgegenhalten.

²⁰ BGE 119 II 443 ff., 447.

²¹ BUNTE (FN 11), NJW 1985, 601, ULMER/BRANDNER/HENSEN-ULMER/SCHÄFER (FN 19), § 305c N 81, m.w.N.

²² Dazu SCHWENZER (FN 2), N 45.11.

²³ BGE 126 III 59 ff., 67; BGE 109 II 24 f., 25; BGE 91 II 344 ff., 348; vgl. auch BGE 122 III 118 ff., 121 und BGE 71 II 236 ff., 239; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 2), N 3056 f.

²⁴ THOMAS KOLLER, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP/PJA 2008, 943 ff., 944 f.

sichtigen, durchaus eine Rolle spielen darf²⁵. Die Frage richtet sich nach der günstigsten Auslegung und berücksichtigt dabei, welche rechtlichen Folgen eine bestimmte Auslegung zeitigt. Die Folgenerwägung ist zusätzlich effizient, weil sie fragt, ob der Verwender später eine als zulässig erachtete Klausel durch eine bestimmte Auslegung zu seinen Gunsten zurechtdrehen könnte. Ist dies möglich und hätte diese Auslegung der Kontrolle nicht standgehalten, muss er die Zulässigkeit einer Klausel überdenken, weil sich die Frage bei einer späteren Überprüfung nochmals stellen könnte.

Selbstverständlich kann nicht jede an den Haaren herbeigezogene Auslegung als kundenfeindlichste Auslegung dienen. Eine Auslegung, von der «*keine Störung des Rechtsverkehrs ernsthaft zu befürchten ist*»²⁶, fällt auch bei der kundenfeindlichsten Auslegung nicht in Betracht. Ein Beispiel zeigt aber gerade, dass die Verwender vieles, was als vollkommen undenkbar erscheint, den Konsumenten doch irgendwann entgegenhalten. So hielt der deutsche BGH einst fest, dass bei einer Verzugszinsklausel, die einen «*Aufschlag von 0,25 % der Rechnungssumme*» vorsieht, die kundenfeindlichste Betrachtung den Fall nicht enthalte, dass der Verwender den vollen Aufschlag geltend mache, obwohl der Kunde nur einen kleinen Teil der Rechnung schuldig blieb: «*Die Klausel (...) ist ersichtlich auf den Fall des Zahlungsverzuges mit der vollen Rechnungssumme zugeschnitten. Jeder Kunde würde mit Recht die Forderung, Verzugszinsen auch auf rechtzeitig beglichene Teile des Kaufpreisanspruchs zu zahlen, als völlig unverständlich zurückweisen.*»²⁷ Der BGH hat sich leider geirrt. In Schweizer AGB stösst man häufig darauf und die Verwender verfolgen dieses irrwitzige Ansinnen mit Eifer²⁸.

²⁵ Zur Folgenerwägung bei der Rechtsanwendung vgl. URS FELLER, Folgenerwägungen und Rechtsanwendung, Diss. Zürich 1998, insb. 25 f. Er erwähnt deutlich die Folgenerwägung bei Billigkeitsentscheiden. Beim UWG ist dies der Fall: «*Das Missverhältnis (...) muss erheblich und ungerechtfertigt sein, sodass ein Beibehalten der Klausel mit dem Grundsatz der Billigkeit nicht zu vereinbaren ist und daher die Nichtigkeit der Klausel als die angemessene Folge erscheint.*» (Bot. UWG, BBI 2009, 6151 ff., 6179).

²⁶ GREGOR THÜSING, in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 34. Ergänzung München 2013, Rechtsfolgen, N 20; vgl. auch BGH, Urteil vom 21. April 2009 – XI ZR 78/08, in NJW 2009, 2051 ff., 2051, N 11 und 2054, N 34; STAUDINGER-SCHLOSSER (FN 13), BGB 305c N 109.

²⁷ BGH, Urteil vom 31. Oktober 1984 – VIII ZR 226/83 in NJW 1985, 320 ff., 321.

²⁸ Vgl. die Artikel «*744 000 Prozent Zins!*» in K-Tipp 14/2004 vom 8. September 2004, «*40 Rp. zu wenig bezahlt – 28 500 Prozent Zins!*» in K-Tipp 6/2007 vom 28. März 2007 und «*Horrend hohe Zinsen auf Kreditkartenschulden*» in saldo 10/2010 vom 25. Mai 2010 (Internet: <http://www.ktipp.ch/artikel/d/744-000-prozent-zins/>, <http://www.ktipp.ch/artikel/d/40-rp-zu-wenig-bezahlt-28-500-prozent-zins/undhttp://www.ktipp.ch/artikel/d/horrend-hohe-zinsen-auf-kreditkartenschulden/>); ob dies nach wie vor der Fall ist, kann man den schwammigen Klauseln nicht ansehen, vgl. die AGB der Corner Bank, Ziff. 5: http://www.cornercard.ch/export/ch.cornercard.content.v8/downloads/documents/terms_credit_person.pdf (alle 25.1.2014).

IV. Gibt es weitere Beispiele?

Die nachfolgenden Beispiele konkretisieren die Auslegungsmethode und grenzen sie vom Prinzip des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion bei AGB ab.

1. Freizeichnungsklauseln

Bei Freizeichnungsklauseln ist die Diskussion in der Schweiz am weitesten fortgeschritten. Die Klausel «*Jegliche Haftung ist ausgeschlossen*» in den AGB – beispielsweise eines Fitnessstudios – führt zu mehreren Überlegungen, die teils der kundenfreundlichsten Auslegung vorangehen, teils mit dieser zusammenfallen, teils aber bereits den Ausschluss der geltungserhaltenden Reduktion betreffen. Wer die Haftung vollkommen wegbedingt, möchte eigentlich auch die Haftung für vorsätzliches und grobfärlässiges Handeln wegbedingen. Die Klausel verstößt dann gegen Art. 100 Abs. 1 OR, *weil sie keine Ausnahme für Vorsatz und grobes Verschulden macht*. Dies muss auch dann gelten, wenn es im konkreten Fall nur um ein leichtes Verschulden geht²⁹. Dem Verwender soll die gänzliche Klausel nicht zugutekommen, blos weil sich der konkrete Fall in einer rechtlich unbedenklichen Konstellation abspielt. Dies stellt zwar primär eine vom konkreten Fall abstrahierte Auslegung dar, doch ist auch hier das Prinzip der kundenfeindlichsten Auslegung tangiert – in den pauschalen und vollständigen Ausschluss lässt sich auch der nichtige Ausschluss des groben Verschuldens und des Vorsatzes hineinlesen. Die kundenfeindlichste Auslegung ist tangiert, weil die Betrachtung der allgemeinen Geschäftsbedingungen in einer Weise erfolgt, die prozessual eigentlich gar nicht notwendig wäre. Es wäre ausreichend und vordergründig sogar effizient, das leichte Verschulden und die Freizeichnung festzustellen, ohne Art. 100 OR überhaupt anzusprechen. Dies würde allerdings zu einer Diskrepanz zum Verbandsprozess führen, bei dem die einheitliche Auslegung schon mangels eines konkreten Falles gelten muss. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion rundet schliesslich den festgestellten, abstrakten Verstoss gegen Art. 100 Abs. 1 OR ab. Die Klausel ist aus präventiven Gründen ganz-

²⁹ zins/, <http://www.ktipp.ch/artikel/d/40-rp-zu-wenig-bezahlt-28-500-prozent-zins/undhttp://www.ktipp.ch/artikel/d/horrend-hohe-zinsen-auf-kreditkartenschulden/>; ob dies nach wie vor der Fall ist, kann man den schwammigen Klauseln nicht ansehen, vgl. die AGB der Corner Bank, Ziff. 5: http://www.cornercard.ch/export/ch.cornercard.content.v8/downloads/documents/terms_credit_person.pdf (alle 25.1.2014).

²⁹ BUOL (FN 2), N 509; SCHWENZER (FN 2), N 24.08.

nichtig³⁰, auch wenn es im konkreten Fall nur um leichtes Verschulden geht.

Dieselben Überlegungen gelten für den impliziten Ausschluss von Körperschäden. Die herrschende Lehre verneint die Zulässigkeit der Haftungsfreizeichnung für Körperschäden wegen Sittenwidrigkeit (Art. 19 OR)³¹. Die Klausel ist folglich nichtig, auch wenn der Besucher des Fitnessstudios einen *Sachschaden* erlitten hat. Eine geltungserhaltende Reduktion der Klausel auf Sachschäden ist, soweit sich die Klausel in AGB befindet, aus Präventionsgründen ausgeschlossen. Der vollständige Ausschluss der *Hilfspersonenhaftung* wäre hingegen individualvertraglich gültig (Art. 101 Abs. 2 OR). Das Bundesgericht wendet hier die Unklarheitenregel und das Restriktionsprinzip an – wenn der allgemein gehaltene Haftungsausschluss die Hilfspersonenhaftung nicht explizit erwähnt, erfasst der Ausschluss diese nicht³². Dies ist im Ergebnis sicher richtig. Schliessen hingegen AGB die Haftung vollständig aus, lässt sich mit der kundenfeindlichsten Auslegung realitätsnäher argumentieren, der Ausschluss erfasse auch die Hilfspersonenhaftung, was dem neuen Art. 8 UWG widerspricht. Eine vertragliche Leistung ist massiv weniger wert, wenn der Verwender für vorsätzliche und grobfahrlässige Schädigungen seiner Mitarbeiter nicht einstehen muss³³. Die *kundenfeindlichste* Auslegung – also die Erfassung der Hilfspersonenhaftung in den Ausschluss – ist die *kundenfreundlichste* Auslegung, weil sie die ganze Klausel bodigt.

2. Zwingendes Widerrufsrecht beim Auftrag

Die AGB von Unterrichtsverträgen sehen oft vor, dass bei Kündigung während des Semesters keine Rückerstattung der Semestergebühren *pro rata temporis* erfolgt. In ständiger Rechtsprechung erachtet das Bundesgericht das in Art. 404 Abs. 1 OR statuierte jederzeitige Widerrufsrecht als zwingend anwendbar³⁴. Einzig bei einer Kündigung

³⁰ Vgl. die Überlegungen in Urteil BGer 4A_404/2008, E. 5.6.3.2.1, KOLLER (FN 2), 66 und SCHWENZER (FN 2), N 32.45 und 46.09.

³¹ ANDREAS FURRER/RAINER WEY, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012, OR 100 N 19, m.w.H.; WOLFGANG WIEGAND, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011 (ziert: BSK-Verfasser), OR 100 N 4.

³² BGE 124 III 155 ff., 165; vgl. Urteil des Appellationsgerichts Basel vom 7. März 1978 i.S. Schmidt/SBB, BJM 1978, 305 ff., 307; vgl. ARNOLD F. RUSCH/PHILIP R. BORNHAUSER, Korrektiv zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung, AJP/PJA 2010, 1228 ff., 1229 f. und 1237.

³³ Vgl. dazu RUSCH/BORNHAUSER (FN 32), 1237.

³⁴ Vgl. statt vieler Urteil BGer 4A_437/2008, E. 1.4 ff.

zur Unzeit (Art. 404 Abs. 2 OR) lässt es solche Klauseln als pauschalierten Schadenersatz oder als Konventionalstrafe zu³⁵. Befindet sich die Klausel in AGB, ist deshalb die *abstrahierte und kundenfeindlichste* Betrachtung angezeigt. Auch wenn im konkreten Fall eine Kündigung zur Unzeit vorliegt, kann sich der Auftraggeber auf die Nichtigkeit der Klausel berufen, weil sie auch den Widerruf des Auftrags erfasst und einschränkt, *der mit einem wichtigen Grund oder nicht zur Unzeit erfolgt*³⁶. Ist die Kündigung zur Unzeit erfolgt, muss der Auftraggeber zwar Schadenersatz leisten, doch entfällt für ihn immerhin die meist ungünstige Schadenspauschalierung. Das Bundesgericht wendet diese Grundsätze nicht an. Der Schaden zeigt sich sofort, weil die AGB-Verwender sich gegenüber den Konsumenten weiterhin darauf berufen können, die Kündigung sei zur Unzeit erfolgt und die voraussetzunglose Pauschalierung gelte auch im Falle des nicht unzeitigen Widerrufs. Sie dringen damit vor kantonalen Gerichten häufig durch³⁷.

3. Ablauf von Gutscheinen

Wenn auf einem Einkaufsgutschein steht: «*Einlösbar bis Ende 2014*», handelt es sich dann um eine gemäss h.L. zulässige vertragliche Befristung der Forderung³⁸ oder um eine gesetzlich ausgeschlossene Abänderung der Verjährungsfrist (Art. 129 OR)? Es ist nicht möglich, bei diesem Wortlaut eine Befristung von einer Abänderung der Verjährung zu unterscheiden. Die *kundenfeindlichste* Auslegung ergibt, dass es sich um eine unzulässige Abänderung der Verjährung handeln muss, weil diese zur Nichtigkeit der Klausel führt und den Gutschein auch nach dem Ablaufdatum einlösbar macht, solange die Forderung nicht nach den gesetzlichen Regeln verjährt ist.

4. Kostenangaben mit Bandbreite

Wenn Verwender in AGB ihre Gebühren mit einer *Bandbreite* angeben, stellen sich gleich mehrere Fragen. Dies

³⁵ Urteil BGer 4A_141/2011, E. 2.4.

³⁶ Dieses Argument hat das Bundesgericht in Urteil BGer 4A_141/2011, obwohl ansatzweise in E. 2 vorgebracht, nicht berücksichtigt; auch in BGE 109 II 462 ff., 468 ging das Bundesgericht anders vor.

³⁷ Urteil BGer 4A_141/2011, Bb und E. 1.3.

³⁸ BSK-ROBERT K. DÄPPEN (FN 31), in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011, OR 129 N 5; BGE 132 III 285 ff., 289 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 2), N 3388 und zu den Unterschieden zwischen Verjährung und Verwirkung N 3386 ff.

geschah im Falle einer Bank, die in den AGB bei Auflösung des Depotvertrags Gebühren von Fr. 70–350 für den Transfer der Wertpapiere zur neuen Bank verlangt³⁹. Das Entgelt für eine vertragliche Leistung unterliegt selbstredend nicht der AGB-Kontrolle. Versucht aber ein Verwender, ein Entgelt einzuführen für «*allgemeine Betriebskosten, Aufwand zur Erfüllung eigener Pflichten oder für Tätigkeiten, die im eigenen Interesse liegen*», ist das AGB-Korrektiv wieder anwendbar⁴⁰. Insbesondere ist dies der Fall, wenn es um Gebühren «*für die Erfüllung gesetzlich begründeter eigener Pflichten des Klauselverwenders*» geht⁴¹. Klar wird die Sache, wenn man sich vor Augen hält, dass jeder Vertrag einmal endet und bei Depotverträgen die gesetzlich vorgesehene Rückgabe der Wertpapiere (Art. 475 OR) zur Debatte steht. Damit unterliegt die Klausel dem AGB-Korrektiv, doch in welcher Höhe? Zwei Auslegungsmöglichkeiten sind denkbar. Es könnte sich um eine *Höchstgebühr mit Teilverzichtsmöglichkeit* handeln⁴². In der kundenfeindlichsten Variante würde der Verwender den Erlass nicht gewähren. Auch denkbar ist aber, dass es schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine Gebühr gibt, die beim Verwender gebräuchlich ist – im vorne geschilderten Fall der Bank waren es 150 Franken⁴³. Damit erhält die Klausel die Bedeutung eines *einseitigen Änderungsrechts*⁴⁴. Dieses einseitige Änderungsrecht ermöglicht dem Verwender eine beliebige Erhöhung bis 350 Franken. Dieses wäre aufgrund der beliebigen und voraussetzungslosen Erhöhungsmöglichkeit bis 350 Franken eindeutig nichtig und muss folglich das Ergebnis der kundenfeindlichsten, da kundenfreundlichsten Auslegung bilden. Einzuräumen bleibt, dass die Gebühren einer Inhaltskontrolle auch in der Version der Höchstgebühr nach der hier vertretenen Meinung nicht standgehalten hätten, da man für selbstverständliche, im Vertrag mitenthaltene Tätigkeiten eben *überhaupt kein gesondertes Entgelt verlangen kann*⁴⁵.

³⁹ Vgl. das Beispiel bei RUSCH (FN 7), Jusletter 28. März 2011, N 4.

⁴⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 7. Juni 2011 – XI ZR 388/10 in BeckRS 2011, 17769, N 19.

⁴¹ BGH, Urteil vom 30. November 2004 – XI ZR 200/03, in NJW 2005, 1275 ff., 1275.

⁴² THOMAS FEHRENBACH/MATTHIAS MAETSCHKE, Zusätzliche Verwaltungsvergütung und AGB-rechtliche Transparenzkontrolle bei offenen Immobilienfonds, WM 2010, 1149 ff., 1150 f.; MATTHIAS EINMAHL, Die Preispolitik grosser deutscher Investmentfondsgesellschaften im Licht des AGB-Rechts, ZIP 2002, 381 ff., 383.

⁴³ RUSCH (FN 7), Jusletter 28. März 2011, N 4.

⁴⁴ FEHRENBACH/MAETSCHKE (FN 42), WM 2010, 1150 f.; EINMAHL (FN 42), ZIP 2002, 383.

⁴⁵ Dazu ARNOLD F. RUSCH, Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle, recht 2011, 170 ff.