



# Bestätigungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen

329

ARNOLD F. RUSCH\*

*Haben Sie die AGB wirklich gelesen? Falls nicht, so haben Sie es möglicherweise doch bestätigt – in den AGB selbst! Ebenso unbewusst sind Sie auch mit der gegen Sie selbst gerichteten Rechtsöffnung einverstanden. In den AGB geben wir meist eine Vielzahl von Bestätigungen ab. Deren rechtliche Bedeutung mag nicht sonderlich hoch sein. Dennoch richten sie einen beträchtlichen Schaden an: Viele Konsumentinnen und Konsumenten geben die Geltendmachung ihrer Rechte angesichts der vermeintlich eigenen Bestätigungen auf. Die nachfolgenden Gedanken widmen sich den gängigen Bestätigungsformularen und erläutern das dazugehörige Korrektiv.*

*Est-ce que vous avez lu les conditions générales ? Même si ce n'est pas le cas, vous l'avez peut-être confirmé dans les conditions générales elles-mêmes. Dans ces clauses, vous lisez également que vous êtes d'accord avec la mainlevée provisoire dirigée contre vous. Une foule de confirmations désavantage les consommateurs dans le quotidien. Bien que les confirmations n'aient pas beaucoup d'importance juridique, elles ont un effet destructif : face aux propres confirmations préformulées, les consommateurs s'abstiennent de faire valoir leurs droits. Le texte suivant se consacre aux formes existantes de ces clauses et au correctif contre celles-ci.*

## Inhaltsübersicht

- I. Phänomen
- II. Rechtliche Erfassung
  - A. Bestätigung als AGB
  - B. Bestätigung als Übernahmefloskel
  - C. Bestätigung zwecks Änderung der Beweisposition
- III. Argumentarium gegen Bestätigungsformulare
- IV. Spezialfragen
  - A. Bestätigung durch Erklärungsfiktion
  - B. Bestätigung beim ärztlichen Heileingriff
  - C. Bestätigung als prozessuale Erklärung
- V. Schlusswort

## I. Phänomen

*Was bestätigt man in AGB?* Wer beispielsweise den Fitorama-Fitnessvertrag unterzeichnet, bestätigt direkt bei der Unterschrift folgendes:

*«Ich bestätige ausdrücklich, dass die Benutzung der Anlage auf mein eigenes Risiko erfolgt, dass ich die rückseitig aufgeführten Bedingungen **und die Betriebsordnung** als integrierenden Bestandteil dieses Vertrages anerkenne und dass mir Pkt. 15 der rückseitigen Bedingungen erklärt worden ist. Weiter bestätige ich die Richtigkeit der von mir gemachten, oben aufgeführten Angaben.»<sup>1</sup>*

Damit bestätigt der Kunde *erstens* den Einbezug der AGB, für den der Verwender beweispflichtig ist. Der Einbezug von AGB erfolgt durch Hinweis und zusätz-

lich durch Übergabe der AGB.<sup>2</sup> Bezuglich des Erhalts der rückseitig aufgeführten Bestimmungen ist die Erklärung weitestgehend unproblematisch – wer die Vorderseite unterschreibt und erhält, muss die Rückseite zwingend auch erhalten haben. Weiss er aber wirklich, dass sich darauf allgemeine Geschäftsbedingungen befinden? Bei der ebenfalls erwähnten Betriebsordnung bestehen Zweifel bezüglich des Erhalts des Dokuments: Ob der Kunde wirklich auf zumutbare Weise Zugang zur Betriebsordnung hatte, bleibt trotz Anerkennung des Zugangs unklar, umso mehr als gemäss Ziff. 17 der AGB *«immer die aktuelle Betriebsordnung»* gilt.<sup>3</sup> Letzte Zweifel bezüglich des Einbeugs räumen die AGB selbst in Ziff. 16 aus, in der sie eine Vollübernahme<sup>4</sup> der AGB und der Betriebsordnung suggerieren: *«Der Karteninhaber bestätigt mit seiner Unterschrift, das Anmeldeformular wahrheitsgetreu ausgefüllt zu haben. Im Weiteren bestätigt der Karte-*

<sup>2</sup> ROMAN PERRIG, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Diss. Basel, Basel 2011, 165, 179.

<sup>3</sup> Vgl. Ziff. 17 der Fitorama-AGB (FN 1): *«Der Karteninhaber nimmt ausdrücklich zur Kenntnis, dass Änderungen der Betriebsordnung vorbehalten bleiben und dass ihm diese in geeigneter Form zur Kenntnis gebracht werden. Aus einer Änderung der Betriebsordnung kann der Karteninhaber keine Rechte ableiten. Es gilt immer die aktuelle Betriebsordnung.»*

<sup>4</sup> CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich 2019, N 617: *«Hat eine Partei zu den AGB ihr Einverständnis abgegeben, den Inhalt der AGB aber nicht im Einzelnen zur Kenntnis genommen, verstanden oder bedacht, handelt es sich um eine sog. Globalübernahme. Das Gegenstück zur Globalübernahme bildet die Vollübernahme. Bei der Vollübernahme erklärt sich jemand mit den AGB einverstanden, nachdem er sie gelesen und zur Kenntnis genommen hat. Es wird vermutet, dass der Kunde die AGB jeweils bloss global übernommen hat.»*

\* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich.

<sup>1</sup> Internet: [https://www.fitorama.ch/fileadmin/fitorama/user\\_upload/documents/fitorama\\_vertragsformular.pdf](https://www.fitorama.ch/fileadmin/fitorama/user_upload/documents/fitorama_vertragsformular.pdf) (Abruf 15.2.2019).

*teninhaber; die Bestimmungen dieses Vertrages und die derzeit geltende Betriebsordnung des Fitorama sorgfältig durchgelesen und zur Kenntnis genommen zu haben. Er anerkennt diese vollumfänglich. Schliesslich bestätigt der Karteninhaber, das Vertragsdoppel und die Betriebsordnung ausgehändigt erhalten zu haben.»*

Zweitens bestätigt der Kunde die Kenntnis und Anerkennung der Haftungsfreizeichnung mit dem Hinweis der Benützung der Anlage auf sein eigenes Risiko. Dies könnte im Rahmen der Ungewöhnlichkeitsregel Bedeutung erlangen: Erfolgt ein Hinweis auf die ungewöhnlichen Klauseln, kann sich der Kunde wie bei einer Vollübernahme nicht mehr auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen.<sup>5</sup>

Dasselbe gilt *drittens* für die Bestätigung bezüglich «*Pkt. 15*», der die automatische Vertragsverlängerung vorsieht.<sup>6</sup> Hier bestätigt der Kunde nicht bloss dessen Anerkennung und Kenntnis, sondern sogar dessen Erläuterung durch das Personal des Fitnessstudios.

*Viertens* lässt der Anbieter den Kunden noch die Richtigkeit der gemachten Angaben bestätigen. Ich wusste lange nicht, wozu das dienen soll. Mittlerweile weiss ich dank deutschen Entscheiden, dass die Anbieter mithilfe dieser Klausel Schadenersatz von ihren Kunden verlangen, wenn sich die als wahr bestätigten Angaben als unzutreffend erweisen und dem Fitnessstudio dadurch ein Schaden erwächst. Der Anspruch stützt sich auf die Verletzung einer Aufklärungspflicht.<sup>7</sup>

Das Hauptproblem dieser vier Bestätigungen liegt, auch wenn sie sich in der Nähe der Unterschrift befinden, in deren *Vorformulierung*. Die Bestätigungen stellen somit als solche auch allgemeine Geschäftsbedingungen dar, die sich am gesamten AGB-Korrektiv messen müssen. Ob sie Bestand haben und sogar als Beweis für die bestätigten Fakten dienen können, ist also keineswegs sicher. Sicher aber ist, dass die blosse Existenz dieser Bestätigungen im Alltag dazu dient, Konsumentinnen und Konsumenten von der Verfolgung ihrer Rechte abzuhalten. Welcher Laie mag sich auf den fehlenden Einbezug der AGB berufen, wenn er diesen selbst bestätigt hat? Offenbar lässt sich dadurch sogar das Bundesgericht be-

eindrucken. Es hat in jüngeren Urteilen tatsächlich entschieden, dass sich die Beweislast für den Einbezug vom Anwender auf den Vertragspartner verschiebe, wenn er einen Versicherungsantrag mit vorformulierter Bestätigung des AGB-Erhalts unterzeichne.<sup>8</sup> Kann das richtig sein? Darauf, auf die verschiedenen Bestätigungstypen und auf das dazugehörige Korrektiv richtet sich der Fokus der nachfolgenden Betrachtung.

## II. Rechtliche Erfassung

### A. Bestätigung als AGB

Die Form und der Standort der Bestätigungen sind für die Qualifikation als AGB nicht entscheidend. Vorformulierte Bestätigungen sind AGB – unabhängig davon, ob sie im eigentlichen AGB-Text, im Anmeldetalon oder in einer Auftragsbestätigung stehen.<sup>9</sup> Dies eröffnet die Anwendung des gesamten AGB-Korrektivs.

### B. Bestätigung als Übernahmefloskel

Es ist denkbar, dass die Bestätigung lediglich deklaratorisch auf die bestehende *Möglichkeit* der Kenntnisnahme als Voraussetzung des AGB-Einbezugs hinweisen will. Ein gemeinsamer Wille, der über die blosse Verschaffung des Zugangs hinausgeht, wäre dann für beide Parteien nicht erkennbar (vgl. Art. 18 OR).<sup>10</sup> Im Internetverkehr dürfte diese Art von Einbezug häufig vorkommen – wenn man beispielsweise anklicken muss, dass man die AGB gelesen habe und vollumfänglich anerkenne. Klickt man diese Erklärung nicht an, kommt man nicht weiter. Aber auch wenn den Klauseln eine rechtliche Bedeutung gänzlich abginge, bleibt das faktische *Abschreckungs- und Missbrauchspotential*. Viele Konsumenten geben auf, wenn Sie merken, dass sie scheinbar unvorsichtig das Gegenteil dessen bestätigt haben, was eigentlich Sache war.<sup>11</sup> Es dürfte stets der Verwender sein, der aus den

<sup>5</sup> Vgl. BGer, 4A\_475/2013, 15.7.2014, E. 5.2 f.; vgl. BGer, 4A\_24/2012, 30.5.2012, E. 3.1.

<sup>6</sup> Ziff. 15 der Fitorama-AGB (FN 1): «*Die Jahres- bzw. Mitglieder-karte erneuert sich automatisch um dieselbe Laufzeit und zu den dann aktuellen Bedingungen, wenn sie nicht 30 Tage vor Ablauf der Vertragsdauer schriftlich und eingeschrieben gekündigt wird. Rabattberechtigungen (z.B. Studenten, Firmen etc.) müssen bei Erneuerung des Vertrages wieder nachgewiesen werden, ansonsten erneuert sich die Jahres- bzw. Mitgliederkarte zu den aktuellen Bedingungen ohne Rabatt.»*

<sup>7</sup> Vgl. unten, ob FN 32.

<sup>8</sup> BGer, 4A\_213/2014, 26.6.2014, E. 2.3.2; vgl. auch BGer, 4A\_47/2015, 2.6.2015, E. 5.3, und BGE 100 II 200 E. 5d.

<sup>9</sup> Vgl. PETER HIGI, Allgemeine Vertragsbestimmungen – Überlegungen zu Gewöhnlichem und Ungewöhnlichem in Recht und Alltag, in: Sandra Hotz/Klaus Mathis (Hrsg.), Recht, Moral und Faktizität, Festschrift für Walter Ott, Zürich 2008, 495 ff., 524; vgl. BGH, IVa ZR 173/85, 28.1.1987, E. II, in: NJW 1987, 1634.

<sup>10</sup> Vgl. BGH, III ZR 95/95, 28.3.1996, E. 1b, in: NJW 1996, 1819; vgl. BGer, 4A\_538/2011, 9.3.2012, E. 2.2.

<sup>11</sup> WOLFGANG WURMNEST, Münchener Kommentar, 8. A., München 2019 (zit. MK-WURMNEST), § 309 BGB Nr. 12 N 16: «*Solche Klauseln führen im Allgemeinen nicht zu einer Umkehr der Beweislast, erschweren es aber dem Kunden später, sich darauf*

AGB Rechte ableitet und folglich die Erfüllung der Zugänglichkeitsskriterien beweisen muss.<sup>12</sup> Auch trifft den Verwender die Beweislast dafür, dass der Vertragspartner beim Streit um die Ungewöhnlichkeit die ungewöhnliche Klausel vor Vertragsschluss kannte.<sup>13</sup> Somit ist klar, dass die oben zitierten Bestätigungen aus dem Fitorama-Vertrag nicht nur eine Änderung der Beweislast anstreben, sondern gleich als Beweis der bestätigten Tatsache dienen sollen und zumindest faktisch auch so wirken. Die Wertung als inhaltsleere und harmlose Floskel wird somit der Realität nicht gerecht, wenn die Klauseln dadurch im Alltag weiterhin Unheil anrichten.<sup>14</sup> Das EU-Recht erfasst diesen Gedanken mit dem Effektivitätsgrundsatz, der den Mitgliedsstaaten ein Rechtsschutzsystem vorschreibt, das die nichtigen Klauseln tatsächlich zum Verschwinden bringt.<sup>15</sup> Die Übernahme und Anwendung dieses prozessrechtlichen Gedankens scheint auch bei der Auslegung der Vertragsklauseln und des materiellen Rechts geboten.

### C. Bestätigung zwecks Änderung der Beweisposition

Die Bestätigungen in AGB wollen die Beweislast verändern. Sie tun dies meist indirekt, indem die Bestätigung

*zu berufen, dass ihm die betreffenden Umstände gar nicht bekannt gewesen seien. Wenn zB ein Versicherungsnehmer seinen Vertrag über eine Kapitallebensversicherung nach § 119 anfechten möchte, weil er sich über die geringen Rückkaufwerte während der ersten Jahre der Vertragsdauer geirrt hat, so würde manches Gericht seiner Beteuerung, er habe von den Rückkaufwerten bei Stellung des Antrags nichts gewusst, schnell Glauben schenken und damit dem Versicherer die Darlegungslast für das Wissen des Kunden zuschieben. Enthält der Versicherungsvertrag dagegen eine vorformulierte Bestätigung des Inhalts, dass der Kunde gemäss den gesetzlichen Anforderungen über die niedrigen Rückkaufwerte informiert wurde, so wird dieser schon zögern, sich überhaupt auf seine Unkenntnis vor Gericht zu berufen, und auch manches Gericht wird geneigt sein, den Kunden an der Bestätigung festzuhalten und ihm besonders substantivierte Ausführungen und Beweisangebote zu seiner Unkenntnis abverlangen.»*

<sup>12</sup> Vgl. PERRIG (FN 2), 283; ROMAN PERRIG, in: Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, N 155.

<sup>13</sup> Vgl. PERRIG (FN 2), 292; vgl. BezGer Meilen, 10.5.2004, E. IV.1c-e, in: ZR 2005, Nr. 42, 167.

<sup>14</sup> Vgl. dazu MATHIAS HABERSACK, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. A., Köln 2016 (zit. Ulmer/Brandner/Hensen-Autor), § 309 BGB Nr. 12 N 19. Der Floskelcharakter besteht allerhöchstens im Bereich der sog. «Naiv-Klauseln», bei denen der Kunde für die bestätigte Tatsache ohnehin die Beweislast trägt (vgl. DAGMAR COESTER-WALTJEN, Staudinger BGB, Berlin 2013, § 309 BGB Nr. 12 N 11).

<sup>15</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 1 RL 93/13/EWG; vgl. PETER ROTT, Effektiver Rechtsschutz vor missbräuchlichen AGB – Zum Cofidis-Urteil des EuGH, EuZW 2003, 5 ff., 7.

des Kunden den Beweis durch den Verwender vorwegnimmt.<sup>16</sup> In gleicher Weise torpedieren Sie mögliche Abwehrstrategien der Kunden: Wie kann man später etwas beanstanden, wenn man beim Vertragsschluss selbst bestätigt hat, darüber im Bilde zu sein? Wohlgemerkt: Die Klauseln streben an, die Beweislast zu verschieben. Richter sollten den vorformulierten Bestätigungen keinen Beweiswert zukommen lassen.<sup>17</sup>

Das Bundesgericht bejaht jedoch in einem neueren Entscheid den Einbezug der AGB aufgrund einer vorformulierten Bestätigung und die damit verbundene Verschiebung der Beweislast: «*Par ailleurs, l'assurée a reconnu, par sa signature au bas de la proposition, avoir reçu un exemplaire des conditions d'assurance applicables. Il lui appartenait dès lors de démontrer que l'exigence posée par l'ancien art. 3 al. I LCA n'avait pas été respectée par l'assureur [...]. Or, la recourante a seulement allégué n'avoir jamais reçu de conditions d'assurance, mais il ne ressort pas de l'arrêt attaqué qu'elle en aurait rapporté la preuve.»*<sup>18</sup> Umso erstaunlicher ist dies, als nicht einmal Klarheit darüber bestand, welche Version der AGB gemeint sein könnte – das entsprechende Feld mit Angaben zur Version blieb leer. Dieselbe Argumentation wählte das Bundesgericht, wenn auch weniger deutlich, in zwei weiteren Entscheiden.<sup>19</sup> Wie nachfolgend zu zeigen ist, kann dies nicht richtig sein. Aber selbst wenn Richter den Klauseln keinerlei rechtliche Bedeutung zu messen würden, wäre es falsch, diese der Inhaltskontrolle zu entziehen. Aufgrund des Abschreckungs- und Missbrauchspotentials darf schon der Versuch, in AGB die Beweislast explizit oder durch Bestätigung einer Tatsache zu verschieben oder zu erschweren, keinen Bestand haben.<sup>20</sup> Wie lässt sich dies rechtlich begründen? Darauf gehe ich nachfolgend ein.

<sup>16</sup> Vgl. BGH, VIII ZR 38/90, 15.5.1991, E. 6b, in: NJW 1991, 1750.

<sup>17</sup> Vgl. HIGI (FN 9), 523 f., insb. 524, Fn 63, der als Richter aus der Bestätigung, die AGB erhalten zu haben, nicht die Bestätigung liest, die AGB vor Vertragsschluss erhalten zu haben; vgl. PERRIG (FN 2), 171; vgl. aber die Hinweise in FN 18 und 19; vgl. COESTER-WALTJEN (FN 14), § 309 BGB Nr. 12 N 11; vgl. BGH, III ZR 203/98, 14.10.1999, E. 2b, in: NJW 2000, 207.

<sup>18</sup> BGer, 4A\_213/2014, 26.6.2014, E. 2.3.2; ebenso OLIVIER CARRÉ, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, Lausanne 2000, 122.

<sup>19</sup> BGer, 4A\_47/2015, 2.6.2015, E. 5.3, und BGE 100 II 200 E. 5d.

<sup>20</sup> OLG Karlsruhe, 15 U 11/07, 13.7.2007, E. II.1b, in: BeckRS 2008, 08724; JÜRGEN STÜBING, NJW 1978, 1606 ff., 1610; a.A. KGer SG, III. Zivilkammer, 12.8.1992, in: GVP 1992, Nr. 19, 53 ff.

### III. Argumentarium gegen Bestätigungs-klauseln

*Erstens* muss man nicht erwarten, dass man bei der Regelung des Vertragsinhalts Bestätigungen über Tatsachen und sonstige Umstände abgibt. Diese Argumentation lässt sich mit der Ungewöhnlichkeitsregel und mit Art. 8 UWG erfassen.<sup>21</sup> Ungewöhnlich im Sinne von überraschend und im Vergleich zum dispositiven Recht extrem nachteilig ist die «unbewusste» und damit ungewollte Abgabe von Bestätigungen, aber auch die damit verbundene Verschiebung der Beweislast.<sup>22</sup> KUMMER hielt dies zu den Beweislastverträgen schon im Jahre 1962 fest: «*Er setzt sich vielmehr einem erhöhten Prozessrisiko aus, dessen Bedeutung er meist gar nicht zu überschauen vermag, und dessen Verwirklichung er nicht erwägt, weil er weder mit einem Prozess und noch weniger mit einer Beweislosigkeit rechnet.*» Er argumentiert weiter, dass ein Beweislastvertrag sehr schnell in unsittliche Knebelung ausartet, weil «[...] jede Beweislastumkehr unbegründeten Ansprüchen zum Prozesssieg verhelfen kann».<sup>23</sup> Klauseln, die den Beweis, die Beweisführung oder die Beweislast betreffen, vermögen den Rechtsschutz massiv zu erschweren oder gar zu vereiteln.<sup>24</sup> Als Faustregel muss generell gelten, dass die Nichtigkeit schon beim blassen Versuch eintritt, die Beweisführung und die Beweislast rechtlich oder faktisch zu ändern.<sup>25</sup>

*Was bedeutet das konkret?* Die vorformulierte Bestätigung, die AGB erhalten oder gelesen zu haben, darf rechtlich keinerlei Wirkung zeigen.<sup>26</sup> Den Beweis des Einbe-

zugs muss der AGB-Verwender erbringen, ohne sich auf diese Klausel stützen zu können. Die Klausel lässt sich deshalb auch bei ausdrücklichem Hinweis darauf niemals in einen *Verzicht auf die Aushändigung* der AGB uminterpretieren.<sup>27</sup> Ebenso undenkbar ist es, in das vorformulierte Einverständnis zu den AGB («[...] *Geschäftsbedingungen gelesen zu haben und erkläre mich damit einverstanden [...]*»)<sup>28</sup> einen Verzicht auf das AGB-Korrektiv zu lesen. Bestätigungen betreffen indes nicht nur Fragen des Zugangs zu den AGB. Wenn jemand in den AGB gegenüber dem Betreiber des Fitnessstudios bestätigt, gesund und dem Training gewachsen zu sein,<sup>29</sup> so beeinflusst auch dies bereits die Beweisführung. Wer weiss das einfach so? Wer weiss überhaupt, dass er das bestätigt? Gestützt auf solche Erklärungen versuchen Fitnessstudios, das Kündigungsrecht der Kunden bei gesundheitlichen Problemen einzuschränken – man hat ja schliesslich bestätigt, dem Training gewachsen zu sein.<sup>30</sup> Sie versuchen auch, Schadenersatzansprüche der Kunden aufgrund der Verletzung von Nebenpflichten des Fitnessstudiotreibers zu vereiteln,<sup>31</sup> und in genereller Weise, eigenen Schaden auf die Kunden abzuwälzen. Die Argumentation stützt sich dann darauf, der Kunde habe durch falsche Angaben seine Aufklärungspflichten gegenüber dem Fitnessstudio verletzt.<sup>32</sup> Man muss sich das vorstellen: Wer gegenüber dem

*Gesetz). Da den Verwender die Beweislast betrifft, dass die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 2 Absatz I AGB-Gesetz erfüllt sind, verändert er durch diese Klausel die Beweislast zum Nachteil des Mieters dadurch, dass er diesem bei einem Streit über die Einbeziehung der Hausordnung den Nachweis aufbürdet, diese habe bei Vertragsschluss nicht vorgelegen, so dass er von ihr keine Kenntnis habe nehmen können»; LG Berlin, 16 O 341/15, 16.1.2018, N 58–60, in: MMR 2018, 328.*

<sup>27</sup> Vgl. PERRIG (FN 2), 280 f.

<sup>28</sup> Internet: <http://langmotiviert.ch/wp-content/uploads/2016/12/LANGMOTIVIERT-Kundenvertrag-2017.pdf> (Abruf 15.2.2019); Ziff. 16 der Fitorama-AGB (FN 1).

<sup>29</sup> Vgl. die Bestätigungen im ersten Abschnitt von <http://hundeschule-guye.ch/allgemeine-geschaeftsbedingungen/> und [http://vitalityforlife.ch/#xl\\_xr\\_page\\_Preisliste](http://vitalityforlife.ch/#xl_xr_page_Preisliste) (Ziff. 2): «*Er/sie bestätigt, dass das vereinbarte Programm freiwillig und auf eigene Verantwortung, bei körperlicher und geistiger Gesundheit angenommen wird*» (beide Abruf 15.2.2019); BGH, IX ZR 214/88, 20.4.1989, in: NJW-RR 1989, 817.

<sup>30</sup> LG Hamburg, 2 S 126/86, 25.2.1987, E. 1, in: NJW-RR 1987, 687.

<sup>31</sup> BGH, IX ZR 214/88, 20.4.1989, in: NJW-RR 1989, 817; OLG Stuttgart, 2 U 7/10, 6.5.2010, E. 3b, in: BeckRS 2011, 09520: «*Allerdings ist etwa eine Klausel aus Sportstudioverträgen: Ich erkläre, gesund und daher in der Lage zu sein, an einem normalen Training teilzunehmen, unwirksam, weil sie geeignet ist, den dem Kunden obliegenden Beweis zu erschweren, dass der Verwender seine Beratungs- und Hinweispflicht über die entstehende körperliche Belastung und die gesundheitlichen Risiken verletzt hat [...].*» OLG Stuttgart, 2 U 219/87, 22.4.1988, E. 2a, in: NJW-RR 1988, 1082; OLG Stuttgart, 2 U 7/10, 6.5.2010, E. 3c, in: BeckRS 2011,

<sup>21</sup> PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, N 1510; HANS SCHMID, Zum Beweislastvertrag, SJZ 2004, 477 ff., 483 f.

<sup>22</sup> OGer AG, 12.11.2002, E. 3, in: AGVE 2002, 36.

<sup>23</sup> MAX KUMMER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, Bern 1962, Art. 8 ZGB N 376; a.M. BGE 85 II 489 ff., 504.

<sup>24</sup> Vgl. zu dieser ratio MK-WURMNEST (FN 11), § 309 BGB Nr. 12 N 1 (zit.): «*Es soll verhindern, dass die materielle Rechtsposition des Vertragspartners dadurch geschwächt wird, dass ihm die Rechtsverfolgung erschwert oder ganz unmöglich wird*»; BGH, II ZR 98/62, 17.2.1964, in: NJW 1964, 1123 ff., 1123 f.; vgl. OGer AG, 12.11.2002, E. 3, in: AGVE 2002, 36; THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, 117 m.w.H.

<sup>25</sup> JENS DAMMANN, in: Manfred Wolf/Walter F. Lindacher/Thomas Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, 6. A., München 2013, § 309 BGB Nr. 12 N 10, 16–19 (zit. Wolf/Lindacher/Pfeiffer-Autor); Ulmer/Brandner/Hensen-HABERSACK (FN 14), § 309 BGB Nr. 12 N 7, Titel: «*Verbot jeder Änderung der Beweisposition*».

<sup>26</sup> Vgl. BGH, VIII ZR 38/90, 15.5.1991, E. 6b, in: NJW 1991, 1750: «*Vielmehr bestätigt der Mieter, dass die Hausordnung dem Mietvertrag beigelegt war, er somit die Möglichkeit hatte, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, sowie dass er mit der Geltung der Hausordnung einverstanden sei* (§ 2 Absatz I AGB

Fitnessstudio vorformuliert bestätigt, mit den AGB einverstanden zu sein und diese vollumfänglich zur Kenntnis genommen zu haben, soll den Schaden des Fitnessstudios ersetzen – weil er die Stirn hat, sich auf die Nichtgeltung dieser Klauseln zu berufen!<sup>33</sup> Wer bestätigt, frei von ansteckenden Krankheiten zu sein, soll den Schaden übernehmen, wenn das Fitnessstudio wegen seiner ansteckenden Krankheit, von deren Vorhandensein er keine Ahnung hatte, einen Tag schliessen muss.<sup>34</sup> Weitere Fälle lassen sich beliebig anführen. Wer beim Mietantritt den einwandfreien Zustand des Mietobjekts oder die Kenntnis des derzeitigen Zustands vorformuliert anerkennt<sup>35</sup> oder beim Möbelkauf «bestätigt, dass die bestellte Ware durch Treppenhaus und Wohnungstüren transportiert werden kann»,<sup>36</sup> sieht sich denselben Problemen ausgesetzt. Er übernimmt damit möglichweise vorbestehende Schäden am Mietobjekt und Transportschäden an den Möbeln.

Zweitens beabsichtigen viele Klauseln, aus allgemeinen Geschäftsbedingungen Individualverträge zu machen oder ungewöhnliche Klauseln durch einen Hinweis von ihrer Ungewöhnlichkeit zu heilen.<sup>37</sup> Ein Beispiel dafür bietet wiederum der Fitorama-Vertrag, der in einer vorformulierten Erklärung die Erläuterung der automatischen Vertragsverlängerung festhält.<sup>38</sup> Es existieren auch vorformulierte Klauseln, die eine individuelle Aushandlung des ganzen Vertrags bestätigen.<sup>39</sup> Wie soll es aber möglich sein, dass man mit vorformulierten Klauseln den Schutz vor vorformulierten Klauseln umgehen kann? Das widerspricht allen Regeln der Logik. Das Bundesgericht macht einen gravierenden Denkfehler, wenn es Fettdruck in ungelesenen AGB als besonderen Hinweis betrachtet,

<sup>33</sup> 09520; BGH, III ZR 368/13, 15.5.2014, N 41, in: NJW 2014, 2857.

<sup>34</sup> Vgl. den ähnlichen Fall in BGH, III ZR 368/13, 15.5.2014, N 41, in: NJW 2014, 2857: «Soweit die Kl. die Klageforderung mit ihrer Revision auf einen Schadensersatzanspruch nach [...] stützen will und hierfür geltend macht, die Bekl. habe sie durch die wahrheitswidrige Bestätigung des Ausdrucks oder Abspeicherns der Widerrufsbelehrung arglistig getäuscht, dringt sie damit nicht durch. Zwar haftet derjenige, der eine Wissenserklärung abgibt, für deren Richtigkeit [...]. Jedoch entfaltet die von der Bekl. abgegebene und von der Kl. vorformulierte «Bestätigung», wie bereits ausgeführt, keinerlei Wirkung. Infolgedessen kann die Kl. auf deren Unrichtigkeit auch keinen Schadensersatzanspruch gegen die Bekl. gründen.»

<sup>35</sup> Vgl. OLG Stuttgart, 2 U 219/87, 22.4.1988, E. 2a, in: NJW-RR 1988, 1082.

<sup>36</sup> Vgl. STÜBING (FN 20), 1606; AG Köln, 142 C 284/11, 3.9.2012, in: NJOZ 2013, 1515.

<sup>37</sup> OLG Stuttgart, 2 U 7/10, 6.5.2010, in: BeckRS 2011, 09520.

<sup>38</sup> Vgl. BGH, IV ZR 135/75, 20.10.1976, in: BeckRS 1976, 30997216. Siehe bei FN 6; vgl. auch die Bestätigung in Ziff. 16 des Fitorama-Vertrags (FN 1).

<sup>39</sup> Vgl. die Beispiele in FN 46.

der die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel ausschliesst.<sup>40</sup> Die Ungewöhnlichkeitsregel ist nur bei der Globalübernahme anwendbar, bei der man die AGB gerade nicht gelesen hat. Ein Hinweis in einem ungelesenen Dokument kann und darf keine Wirkung entfalten. Mit dieser verfehlten Rechtsprechung verleiht das Bundesgericht dem Fettdruck die Wirkung einer Bestätigung, dass man die entsprechende AGB-Klausel gesehen habe.

Dieses Ergebnis legt *drittens* auch die europäische Richtlinie über die missbräuchlichen Klauseln als Auslegungshilfe nahe, die bei der Entstehung des Art. 8 UWG eine wesentliche Rolle gespielt hat. Wenn man die Änderung des Art. 8 UWG als autonomen Nachvollzug des Schweizer Rechts erachtet – und dafür gibt es Hinweise –, ist die Richtlinie für die Auslegung des Art. 8 UWG von entscheidender Bedeutung.<sup>41</sup> Die Richtlinie erfasst im Anhang schon Klauseln, «die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass [...] ihm die Beweislast auferlegt wird, die nach dem geltenden Recht einer anderen Vertragspartei obliegt».«<sup>42</sup> Die Richtlinie erfasst ganz spezifisch Klauseln, die darauf abzielen, «dass [...] die Zustimmung des Verbrauchers zu Klauseln unwiderlegbar festgestellt wird, von denen er vor Vertragsabschluss nicht tatsächlich Kenntnis nehmen konnte».«<sup>43</sup> Diese Regelung ist *einzelfallunabhängig* nicht bloss auf die Zustimmungsfiktion, sondern auch auf Kenntnisvermutungen und -fiktionen anwendbar.<sup>44</sup> Die Nichtigkeit erfasst deshalb vorformulierte Klauseln, die den *Erhalt* der AGB oder deren *Kenntnisnahme* bestätigen,<sup>45</sup> aber auch Klauseln, die eine *individuelle Aushandlung*<sup>46</sup> oder auch nur einen *besonderen*

<sup>40</sup> BGer, 4A\_475/2013, 15.7.2014, E. 5.3.1; HUBERT STÖCKLI/ROGER BIERI, Prolongationsklauseln in AGB – ein erstes Urteil zum revidierten Art. 8 UWG, HAVE 2014, 398 ff., 400, 404.

<sup>41</sup> Vgl. dazu THOMAS PROBST, in: Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, N 448 m.w.H., und HUBERT STÖCKLI, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 2011, 184 ff., 186.

<sup>42</sup> Richtlinie 93/13/EWG, Anhang, Nr. 1q.

<sup>43</sup> Richtlinie 93/13/EWG, Anhang, Nr. 1i.

<sup>44</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer-PFEIFFER (FN 25), Anhang 78 f.

<sup>45</sup> PERRIG (FN 2), 170 f. m.w.H.; vgl. BGH, III ZR 21/87, 24.3.1988, E. 3a, in: NJW 1988, 2106.

<sup>46</sup> Vgl. dazu STÜBING (FN 20), 1611; BGH, IV ZR 135/75, 20.10.1976, in: BeckRS 1976, 30997216; vgl. das österreichische Beispiel bei [https://www.koller-gmbh.at/app/download/9481173185/AGB\\_2015+07+01.pdf?t=1527083250](https://www.koller-gmbh.at/app/download/9481173185/AGB_2015+07+01.pdf?t=1527083250) (Ziff. 1.4: «Die AGB sind jedenfalls Vertragsbestandteile. Der Kunde bestätigt, dass sämtliche Bestimmungen der AGB vor Vertragsabschluss im Einzelnen ausgehandelt wurden»; Abruf 15.2.2019); vgl. den Vorschlag bei JEAN-MARC SCHALLER, Der perfekte Vermögensverwaltungsvertrag, AJP 2012, 56 ff., 58: «Der Kunde bestätigt mit seiner Unterschrift, dass er den vorliegenden Vertrag mit dem Vermögensverwalter im Einzelnen ausgehandelt und besprochen hat, sämtliche

Hinweis auf eine Klausel bestätigen.<sup>47</sup> Die tatsächlich erfolgte individuelle Aushandlung einzelner Klauseln besiegelt das ganze AGB-Korrektiv. Beweispflichtig dafür ist und bleibt derjenige, der sich auf die Individualvereinbarung beruft<sup>48</sup> oder der die Ungewöhnlichkeit durch einen besonderen Hinweis heilen möchte.<sup>49</sup> Der deutsche BGH erachtet sogar eine *individuell ausgehandelte Bestätigungs klausel* für die Darlegung des Aushandelns als bedeutungslos.<sup>50</sup> Es ging dabei um folgende Vertragsklausel: «Der AN bestätigt ausdrücklich, dass im Rahmen der vergangenen Verhandlungen zum GU-Vertrag über jede Vertragsklausel ausgiebig und ernsthaft mit dem AG diskutiert und verhandelt wurde. Der AN ist sich daher mit dem AG darüber einig, dass es sich bei dem geschlossenen Generalunternehmervertrag um einen Individualvertrag handelt.» Die Überlegung des BGH verdient volle Zustimmung. Das AGB-Korrektiv ist zwingender Natur und lässt sich auch nicht mit einer individuellen Verzichtserklärung aushebeln.

Gewisse Abreden können die Parteien *viertens* ohnehin nur individualvertraglich vereinbaren. Beispiele dafür finden sich in Art. 256 Abs. 2 lit. a und Art. 288 Abs. 2 lit. a OR.<sup>51</sup> In diesen Fällen verletzt die vorformulierte Bestätigung der individuellen Aushandlung direkt diejenige Norm, die eine individuelle Vereinbarung voraussetzt. Beruft sich der Vermieter auf eine solche Verabredung, muss er deren individuelle Entstehung beweisen.<sup>52</sup> Auch Erklärungsfiktionen, wonach die Sache als in gutem Zustand übernommen gilt, sofern man Mängel nicht innert zehn Tagen rügt, verstossen gegen Art. 256 OR.<sup>53</sup>

*Bestimmungen versteht, dieser Vertrag seinen individuellen Bedürfnissen entspricht und der Kunde daher mit den sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen ausdrücklich einverstanden ist», mit anschliessendem Vorbehalt: «Eine solche Regelung setzt indessen voraus, dass der Vermögensverwalter sich vor Vertragsunterzeichnung denn auch tatsächlich in der Verhandlung einzelner Vertragsklauseln flexibel gezeigt hat und entsprechend für sinnvolle (und seitens des Vermögensverwalters unter Risikoaspekten auch tragbare) Änderungswünsche seiner Kundschaft offen war»; dazu ARNOLD F. RUSCH/EVA MAISSEN, Fällt das zwingende Kündigungsrecht beim Auftrag? AJP 2017, 26 ff., 27 f.*

<sup>47</sup> Vgl. das Zitat ob FN 1.

<sup>48</sup> Vgl. PROBST (FN 41), N 85; vgl. OGer ZH, 2.8.1988, E. II.4, in: ZR 1991, Nr. 2.

<sup>49</sup> Vgl. oben FN 13.

<sup>50</sup> BGH, VII ZR 248/13, 20.3.2014, E. 2.a.cc f., in: NJW 2014, 1725.

<sup>51</sup> Vgl. den ähnlichen Fall in OLG Karlsruhe, 15 U 11/07, 13.7.2007, E. II.1.b, in: BeckRS 2008, 08724.

<sup>52</sup> PETER HIGI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 253–265 OR, Miete, 3. A., Zürich 1994, Art. 256 OR N 63.

<sup>53</sup> OGer AG, 12.11.2002, E. 3, in: AGVE 2002, 36; vgl. dazu OLIVIA PELL, Beweisverträge im Zivilprozessrecht, Diss. Zürich, Zürich 2012, 98 f.

## IV. Spezialfragen

### A. Bestätigung durch Erklärungsfiktion

Erklärungsfiktionen haben eine noch verheerendere Wirkung als Bestätigungs klauseln, denn sie wären auch bei gegenteiligem Beweis nicht korrigierbar.<sup>54</sup> Erklärungsfiktionen benützen nicht immer das Wort «bestätigen», doch wirken sie gleich wie eine Bestätigung: «*Partnervorschläge, die vom Kunden nicht binnen einer Woche nach Erhalt der Firma H gegenüber schriftlich beanstandet werden, gelten als vertragsgerecht.*»<sup>55</sup> Das bekannteste Beispiel ist die anerkennende Bestätigung von Bezügen mit Kunden- oder Kreditkarten sowie des Kontostands, wenn man schweigt.<sup>56</sup> Das Bundesgericht hat dazu im Bereich banklagernder Korrespondenz eine auf dem Rechtsmissbrauchsverbot basierende und gut verständliche Rechtsprechung entwickelt,<sup>57</sup> die zu allen Erklärungsfiktionen passt.<sup>58</sup> Mit dem neuen Art. 8 UWG wäre es möglich, das mosaikartige Korrektiv zu den einzelnen Phänomenen einheitlich mit der neuen Norm zu erfassen.

Die Erklärungsfiktion zeigt ihre besondere Gefährlichkeit, wenn man sie unter dem Blickwinkel der Verteilung vertraglicher Rechte und Pflichten ansieht. Genau diesen Blickwinkel sieht Art. 8 UWG als Massstab vor. *Einerseits* erschwert die Erklärungsfiktion faktisch den Rechtsschutz, weil Konsumenten ihre eigene Position angesichts der fingierten Erklärung als aussichtslos erachten. *Anderseits* weiss man gar nicht, dass man überhaupt eine Erklärung abgegeben hat. Erklärungsfiktionen in AGB haben deshalb nur in der harmlosen Form eine Existenzberechtigung, in der die Anbieter mit grosszügiger Reaktionsfrist zuerst eine explizite Erklärung verlangen und dabei darauf hinweisen, wie sich welche Reaktion auf den Vertrag auswirkt. Dazu müssen sich die Anbieter bereits in den AGB verpflichten, wie dies § 308 Nr. 5 BGB vorsieht.<sup>59</sup> Mit diesen Einschränkungen sind Bestätigungen als Erklärungsfiktionen durchaus möglich, was eine Diskrepanz

<sup>54</sup> Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer-DAMMANN (FN 25), § 309 BGB Nr. 12 N 20.

<sup>55</sup> Dieses Beispiel in OLG Koblenz, 5 U 1242/05, 3.1.2006, in: NJW-RR 2006, 419 f., 420.

<sup>56</sup> Vgl. Ziff. 3 und 4 der Cornergard-AGB, Internet: [http://www.cornergard.ch/export/ch.cornergard.content.v8/downloads/documents/terms\\_credit\\_pers\\_de.pdf](http://www.cornergard.ch/export/ch.cornergard.content.v8/downloads/documents/terms_credit_pers_de.pdf) (Abruf 15.2.2019).

<sup>57</sup> BGer, 4A\_42/2015, 9.11.2015, E. 5.2 m.w.H.; BGer, 4A\_614/2016, 3.7.2017, E. 6.1; BGer, 4A\_119/2018, 7.1.2019, E. 6.1.3.

<sup>58</sup> ARNOLD F. RUSCH/EVA MAISSEN, Automatische Vertragsverlängerungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 2010, 95 ff., 101 f.

<sup>59</sup> Vgl. dazu HANS BEAT MATHYS, Bestätigungsschreiben und Erklärungsfiktionen, Diss. Zürich 1997, 115 ff.

zu den übrigen Bestätigungen in AGB schafft, die generell unter die Nichtigkeit fallen. Diese Diskrepanz lässt sich indes rechtfertigen, da es stets um Erklärungen geht, die auf einem vorbestehenden Kontakt aufbauen.<sup>60</sup>

## B. Bestätigung beim ärztlichen Heileingriff

Wie steht es mit den vorformulierten Bestätigungen, die man bei der Einwilligung zu einem ärztlichen Heileingriff abgibt? «*Ich [...] habe von diesem Merkblatt Kenntnis genommen und wurde durch [...] in einem Gespräch über Diagnose, Art, Ablauf und Risiken [...] des Eingriffes in verständlicher Weise aufgeklärt. Meine Fragen sind zu meiner Zufriedenheit beantwortet worden. Ich bin mit der Durchführung einverstanden.*»<sup>61</sup> Die Aufklärung und die Einwilligung zur medizinischen Heilbehandlung weisen zwar einen anderen Charakter als Vertragsklauseln auf. Dennoch sind sie gerade mit der oben erwähnten Bestätigung über die Erläuterung bestimmter Klauseln vergleichbar. Es ist deshalb gerechtfertigt, das gesamte AGB-Korrektiv auf die bei der Einwilligung erfolgte Bestätigung anzuwenden, wonach eine Aufklärung erfolgt sei.<sup>62</sup>

Die deutsche Rechtsprechung lässt vorformulierte Bestätigungen zu, misst diesen aber einzig die Bedeutung zu, dass ein Aufklärungsgespräch als solches stattgefunden habe.<sup>63</sup> Die Schweizer Lehre äussert sich zumeist positiv zu den Aufklärungsformularen.<sup>64</sup> Das müsste man

überdenken, auch wenn Ärzte sich dadurch einem erhöhten Risiko aussetzen: Ohne ausreichende Aufklärung kann es keine gültige Einwilligung geben – dies führt zur gravierenden Folge, dass der ohne gültige Einwilligung durchgeführte ärztliche Heileingriff widerrechtlich ist.<sup>65</sup> Den Ärzten verbleibt jedoch immerhin die Möglichkeit, das Aufklärungsgespräch aufzuzeichnen oder vor Zeugen durchzuführen.<sup>66</sup> Den richtigen Weg weist das europäische Datenschutzrecht, das bei der Einwilligung zur Bearbeitung personenbezogener Daten eine *informierte und konkrete Zustimmung* verlangt, die man mit ungelesenen AGB kaum erbringen kann.<sup>67</sup> Das Datenschutzrecht weist diesbezüglich, da es auch auf dem Schutz der Persönlichkeit beruht, enge Parallelen zur Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff auf.

## C. Bestätigung als prozessuale Erklärung

Die AGB mehrerer Unternehmungen sehen vor, dass der Vertrag einen Rechtsöffnungstitel darstelle: «*Ich anerkenne diesen Vertrag als Rechtsöffnungstitel und dass ich*

<sup>60</sup> Dieser Gedanke bei MK-WURMNEST (FN 11), § 309 BGB Nr. 12 N 4.

<sup>61</sup> Internet: [http://www.spital-lachen.ch/fileadmin/files/dokumente/aerzte\\_zuweiser/bronchoskopie.pdf](http://www.spital-lachen.ch/fileadmin/files/dokumente/aerzte_zuweiser/bronchoskopie.pdf) (Abruf 15.2.2019).

<sup>62</sup> Dazu eingehend, aber ablehnend PATRICK GÖDICKE, Formularerklärungen in der Medizin, Habil. Giessen, Tübingen 2008, passim, insb. 305 ff., 376 ff., 503 f.; AYGÜN KUTLU, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, Heidelberg 2006, 239 ff., befürwortet die analoge Anwendung des AGB-Korrektivs.

<sup>63</sup> BGH, VI ZR 15/83, 8.1.1985, E. 2b, in: NJW 1985, 1399, und MK-WURMNEST (FN 11), § 309 BGB Nr. 12 N 18.

<sup>64</sup> REGINA E. AEBI-MÜLLER/WALTER FELLMANN/THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHE/BRIGITTE TAG, Arztrecht, Bern 2016, N 121 m.w.H.; WALTER FELLMANN, Aufklärung von Patienten und Haftung des Arztes, in: Bernhard Rütsche (Hrsg.), Medizinprodukte: Regulierung und Haftung, Bern 2013, 168 ff., 174; einschränkender ANTOINE ROGGO, Aufklärung des Patienten, Diss. Bern, Bern 2002, 192–195; einschränkender auch MARKUS SCHMID, Dokumentationspflichten der Medizinalpersonen – Umfang und Folgen ihrer Verletzung, HAVE 2009, 350 ff., 356: «*Der Arzt ist gut beraten, neben diesem Eintrag in die Krankengeschichte den Inhalt des Aufklärungsgesprächs dem Patienten zur unterschrifftlichen Genehmigung zuzustellen. Insbesondere ist daran zu erinnern, dass Aufklärungsformulare, auch wenn sie vom Patienten unterzeichnet werden, für sich allein genommen keine Gewähr für die richterliche Annahme ausreichender Aufklärung bieten*», und RAPHAËL HAAS, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach

Art. 28 Abs. 2 ZGB, Diss. Luzern, Zürich 2007, N 671; vgl. BGer, 4C.378/1999, 23.11.2004, E. 5.3 und die darin beschriebenen Schwierigkeiten – grundsätzlich hätte sich das Bundesgericht vielleicht auf das Formular gestützt, wenn es ausgefüllt worden wäre (vgl. E. 5.1); vgl. auch BGer, 1P.219/2004, 6.8.2004, E. 3.

<sup>65</sup> BGer, 4C.378/1999, 23.11.2004, E. 3.1.

<sup>66</sup> Vgl. dazu BGH, VI ZR 15/83, 8.1.1985, E. 2b, in: NJW 1985,

1399; kritisch zur «*rein defensiven Formularpraxis*» BEAT EISNER,

Die Aufklärungspflicht des Arztes, Diss. Basel, Bern 1992, 207,

weil sie vom Zweck der Aufklärung ablenke – diese ist nicht da,

um die Haftung zu beseitigen, sondern um das Selbstbestimmungs-

recht des Patienten zu wahren.

<sup>67</sup> Art. 4 Nr. 11, Art. 6 Abs. 1 lit. a und Art. 7 Regulation (EU) 2016/679 sowie Erwägungsgrund Nr. 32, Sätze 1–3; vgl. dazu BARBARA WIDMER, Stimmen Sie mit Nichtwissen zu?, digma 2016, 42 f., 42 f., und BARBARA WIDMER, Ist Einwilligung gleich Einwilligung? digma 2017, 188 f., 188 f.; vgl. STEFAN ERNST, Die Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung, ZD 2017, 110 ff., 113: «*Grundsätzlich möglich ist die Verwendung von vorformulierten Einwilligungserklärungen selbst dann, wenn sie zusammen mit anderen Aspekten in AGB verwendet werden. Für diesen Fall gibt zunächst Artikel 7 Absatz 2 DS-GVO die Vorgabe, dass die datenschutzrechtliche Einwilligung zum einen in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache und zum zweiten so zu erfolgen hat, dass sie von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist. Der Abschnitt innerhalb der AGB, der sich auf das Datenschutzrecht bezieht, muss demnach besonders hervorgehoben werden. Dies allein genügt aber noch nicht, denn von einer informierten Einwilligung kann dann nicht die Rede sein, wenn der Nutzer ohne weiteres – und wie bei fast allen Online-Leistungen üblich – die AGB ungelesen mittels Mausklick o.Ä. „akzeptieren“ kann. Der Nutzer muss klar den Hinweis erhalten, dass sich innerhalb der AGB auch eine datenschutzrechtliche Einwilligung verbirgt. Fehlt es an einer der beiden Voraussetzungen, liegt keine Einwilligung vor.*

*den oben stehenden Betrag schulde.»<sup>68</sup>* Der Richter prüft indes von Amtes wegen, ob ein Rechtsöffnungstitel vorliegt.<sup>69</sup> Es ist undenkbar, mit einer einfach schriftlichen Erklärung in die *definitive* Rechtsöffnung einzuwilligen, weil dennoch kein Urteil im Sinne des Art. 80 SchKG vorliegt.<sup>70</sup> Ebenso wenig ist es möglich, dass man in die *provisorische* Rechtsöffnung vertraglich einwilligt. Das Bundesgericht akzeptiert folgerichtig auch keine durch vorformulierte Genehmigungsfiktionen bestätigten Kontoadzüge als Rechtsöffnungstitel.<sup>71</sup> Stellt der Vertrag als solcher keine Schuldanerkennung im Sinne des Art. 82 SchKG dar,<sup>72</sup> nützt auch die darin explizit eingeräumte Berechtigung zur provisorischen Rechtsöffnung nichts. Viele unterzeichnete Verträge mögen beispielsweise für die anfängliche Vertragsdauer durchaus einen provisorischen Rechtsöffnungstitel abgeben, nicht aber für die Kosten einer in den AGB vorgesehenen automatischen Vertragsverlängerung.<sup>73</sup> Gerade in solchen Fällen ist es wichtig, dass die Bestätigung des Einverständnisses mit der Rechtsöffnung keine Bedeutung erlangt. Die Bestätigungs klausel wäre deswegen eigentlich nicht wichtig, sondern einfach nutzlos. Wiederum dürfte aber das *Missbrauchspotential* eine gewichtige Rolle spielen und ein Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit und an einem Verbot begründen. Insbesondere Laien lassen sich von solchen Erklärungen beeindrucken und glauben, sie könnten im Rechtsöffnungsverfahren nichts mehr aus-

richten. Auch daraus ergibt sich für sie ein Nachteil im Sinne eines ungerechtfertigten Missverhältnisses zwischen Rechten und Pflichten – der Rechtsschutz scheint unerreichbar zu sein.

## V. Schlusswort

Den vorformulierten Bestätigungen darf keinerlei Wirkung zukommen. Das ist aber noch nicht genug. Die Klauseln müssen tatsächlich verschwinden, denn schon ihre blosse Existenz lässt Konsumentinnen und Konsumenten vor der Rechtsverfolgung zurück schrecken. Von diesen beiden Idealen sind wir in der Schweiz Lichtjahre entfernt – und das Ganze sieben Jahre nach Einführung des neuen Art. 8 UWG! Ich mache jetzt den *ersten Schritt* und sensibilisiere die juristische Zuhörerschaft für das Problem. Die Richter müssen den *zweiten Schritt* machen, indem sie den Klauseln keinerlei Bedeutung zumessen. Den *dritten Schritt* müssten die Konsumentenorganisationen machen, indem sie flächendeckend gegen AGB vorgehen, die vorformulierte Bestätigungen enthalten. *So geht das!*

<sup>68</sup> Internet: [http://langmotiviert.ch/wp-content/uploads/2016/12/LAN\\_GMOTIVIERT-Kundenvertrag-2017.pdf](http://langmotiviert.ch/wp-content/uploads/2016/12/LAN_GMOTIVIERT-Kundenvertrag-2017.pdf); vgl. Ziff. 11 von [http://basefit.eu/wp-content/uploads/basefit\\_AGB\\_alle\\_clubs-april-2015.pdf](http://basefit.eu/wp-content/uploads/basefit_AGB_alle_clubs-april-2015.pdf): «*Ein unterschriebener Mitgliedschaftsvertrag stellt einen Rechtsöffnungstitel dar*»; vgl. Ziff. 20 des Fitorama-Vertrages (FN 1): «*Der vorliegende Vertrag stellt einen Rechtsöffnungstitel dar*»; vgl. Ziff. 27 von [http://files.seven49.net/audio-kitchen/downloads/AK\\_AGBs.pdf](http://files.seven49.net/audio-kitchen/downloads/AK_AGBs.pdf): «*Mit seiner Unterschrift auf dem Lizenzgesuch bestätigt der Kunde, dass die von ihm gemachten Angaben vollständig und wahrheitsgetreu sind. Der Kunde verpflichtet sich, die gemäss der Preisliste von AK, welche einen integrierenden Bestandteil der vorliegenden AGB bildet, berechneten Lizenz-Vergütungen zu bezahlen. Der Kunde bestätigt, von der Preisliste Kenntnis genommen zu haben, und akzeptiert die entsprechenden Bedingungen. Der Kunde bestätigt, dass seine Unterschrift auf dem Lizenzgesuch einer Schuldanerkennung im Sinn von Artikel 82 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs entspricht*» (alle Abruf 15.2.2019).

<sup>69</sup> BGer, 5D\_149/2008, 9.1.2009, E. 2.1 und 2.2.1; 5A\_746/2015, 18.1.2016, E. 4.2.

<sup>70</sup> Vgl. OGer AG, 31.7.2002, in: AGVE 2002, 49.

<sup>71</sup> BGE 132 III 480 E. 4.3; vgl. auch BGE 136 III 627 E. 3.3 und BGer, 5A\_142/2017, 18.8.2017, E. 3.1.

<sup>72</sup> Vgl. dazu BGer, 5A\_367/2007, 15.10.2007, E. 3.1.

<sup>73</sup> Vgl. dazu Eva MAISSEN, Die automatische Vertragsverlängerung unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), Diss. Zürich, Zürich 2012, N 204–209 m.w.H.