



Ungewöhnliches zur Ungewöhnlichkeitsregel

Das Bundesgericht klärt die subjektive Ungewöhnlichkeit

ARNOLD F. RUSCH*

Eine objektiv ungewöhnliche Klausel ist erst dann ein Problem, wenn sie auch subjektiv ungewöhnlich ist, die betroffene Person mithin über keine Erfahrungen in diesem Bereich verfügt. Für die fehlende Erfahrung ist interessanterweise nicht der AGB-Verwender beweisbelastet. Wie aber beweist man, dass man keine Erfahrung hat? Genügt es schon, wenn man belegen kann, dass man von der objektiv ungewöhnlichen Klausel noch nie betroffen war? Das Bundesgericht hat diesbezüglich ein erfreulich klares Urteil gefällt.

Une clause objectivement insolite ne pose problème que si elle est subjectivement insolite, c'est-à-dire que la personne concernée ne peut justifier d'aucune expérience dans ce domaine. Il est intéressant de noter que le fardeau de la preuve du manque d'expérience n'incombe pas à l'utilisateur des CG. Mais comment prouver qu'on n'a pas d'expérience? Suffit-il déjà de prouver que l'on n'a jamais été concerné par la clause objectivement insolite? Le Tribunal fédéral a rendu à ce sujet un arrêt d'une clarté réjouissante.

Das Bundesgericht hielt in BGer, 4A_287/2024, 2.7.2025, E. 5.3.4.2 fest, was folgt: «*Gli art. 21 e 22 CGS sono clausole insolite dal profilo soggettivo, visto che l'opponente è una ditta attiva nel commercio di prodotti farmaceutici, non in quello dei trasporti. Certo, essa aveva chiesto alla ricorrente di organizzare quattro trasporti tra marzo e maggio del 2018, ma questo non basta per ammettere una sua conoscenza particolare sulle conseguenze della perdita o della distruzione di merce durante il trasporto. Valutate oggettivamente, poi, tali disposizioni presentano un contenuto estraneo all'oggetto del contratto, prevedendo in particolare una limitazione della responsabilità estranea al quadro legale vigente per il contratto di trasporto (art. 447–449 CO; cfr. sopra, consid. 5.2.2).*»

Worum ging es? Es ging um eine Pharmahändlerin, die den Versand ihrer Produkte ins Ausland mit Hilfe einer Logistikfirma organisieren wollte. Aufgrund diverser Fehler der Logistikfirma entstand bei der Pharmahändlerin ein beträchtlicher Schaden. Bei der Urteilsfindung spielten die AGB der spedlogswiss eine Rolle. Deren Einbezug im konkreten Fall ist nicht nur aufgrund eines ungenügenden Hinweises gescheitert, sondern auch aufgrund der Ungewöhnlichkeit ihres Inhalts. Vorliegend interessiert nur die Ungewöhnlichkeit. Aufgrund der markanten Abweichung zu Art. 447 ff. OR seien die Klauseln objektiv ungewöhnlich. Manchmal thematisiert das Bundesgericht, so wie hier auch, die subjektive Ungewöhnlichkeit.¹

Diese ergebe sich vorliegend dadurch, dass die Pharmahändlerin nicht im Transportgeschäft tätig sei. Sie habe zwar schon in kurzer Zeit vier Mal einen Versand durch die Logistikfirma beansprucht, doch bedeute dies nicht, dass sie über besondere Kenntnisse bezüglich des Verlusts oder der Beschädigung von Transportgut aufweise.

Weshalb ist dies bemerkenswert? Wenn es um die subjektive Ungewöhnlichkeit geht, erinnere ich mich insbesondere an zwei Fälle. Der erste Fall ist der legendäre Hühnerstall-Fall. Das Bundesgericht erachtete die Genehmigungskompetenz des Bauleiters in der SIA 118 bezüglich der Schlussrechnung des Unternehmers als objektiv ungewöhnlich: «*Zu entscheiden bleibt somit, ob auch die subjektiven Voraussetzungen für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel gegeben sind. Von Bedeutung ist dabei vor allem die Frage, ob die Beklagte vor dem Abschluss der Werkverträge mit dem Kläger über Erfahrungen in Bausachen verfügte. Denn wie SCHWAGER zutreffend festhält, muss ein branchenfremder, «einmaliger» Bauherr nicht damit rechnen, dass der bauleitende Architekt aufgrund der SIA-Norm 118 befugt ist, ihn durch die Anerkennung der Schlussabrechnung zur Zahlung*

ses. Subjektiv ungewöhnlich bzw. überraschend ist eine Klausel, wenn deren Inhalt und die konkreten Erwartungen des Kunden «so stark divergieren, dass ihr ein Überraschungs- oder Übertölpelungseffekt anhaftet». Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn der Kunde mit Blick auf seine Ausbildung und Berufserfahrung die praktische Tragweite einer AGB-Klausel nicht versteht und diese aufgrund ihrer Ungewöhnlichkeit nicht akzeptiert hätte, falls er deren Tragweite verstanden hätte. Die Beurteilung erfolgt bezogen auf den Einzelfall und orientiert sich jeweils am individuellen Kunden und an den sonstigen konkreten Umständen. Folglich sind insb. spezifisches Fachwissen, Branchenkenntnisse, Geschäftserfahrung, aber etwa auch die (z.B. akademische) Ausbildung des Kunden entscheidende Faktoren für die subjektive Perspektive.»

* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität St. Gallen.

¹ ROMAN PERRIG, in: Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), 2. A., Zürich 2023, N 198: «*Die subjektive Ungewöhnlichkeit einer Klausel bemisst sich individuell (subjektiv) nach dem Verständnishorizont des Kunden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.*»

des vom Unternehmer damit geforderten Betrages zu verpflichten [...].»² Ein paar Leitlinien des Bundesgerichts geben eine gute Orientierungshilfe: Das blosses Faktum, dass es um eine versierte Handelsfirma geht, bedeutet noch nichts: «Nicht jede (versierte) Handelsfirma verfügt zwangsläufig über Bau Erfahrung und kennt darum die Usancen des Baugewerbes.»³

Der zweite Fall drehte sich vierzig Jahre später um die identische Problematik beim Bau eines Einfamilienhauses. Dort hielt das Bundesgericht fest, dass der Bauherr den Beweis für seine Unerfahrenheit in Bausachen erbringen müsse.⁴ *Wie macht man das?* Zählt schon als Erfahrung, dass man einmal etwas bauen liess, selbst wenn man dabei keine Genehmigungsprobleme erlebt hat? Das blieb damals ungelöst. Ich schlug in der dazugehörigen Urteilsbesprechung vor, dass als Bau Erfahrung nur zählen kann, was die Akteure die konkrete AGB-Erfahrung erleben liess: «Der Bauherr müsste darüber hinaus wohl seine bisherigen Wohnorte auflisten und zeigen, dass er dort lediglich zur Miete gelebt hat oder jeweils in bereits gebaute Immobilien gezogen ist – oder dass es dort nie zu einer Genehmigung einer zu hohen Schlussrechnung durch den Bauleiter gekommen ist. Bau Erfahrung ist in diesem Kontext nur hilfreich, wenn man als Bauherr eine intern nicht abgesprochene Genehmigung einer überhöhten Rechnung durch die Bauleitung schon einmal erlebt hat. Nur weil man irgendwann mal ein Haus gebaut hat, heisst das noch lange nicht, dass man Art. 154 SIA 118 kennen muss.»⁵

Diese Überlegungen habe ich gestützt auf den Hühnerstall-Fall gemacht. Dort hält das Gericht fest, dass die Kenntnis um die Kostenerhöhung noch nicht beweise, «dass Helfenstein über Branchenkenntnisse verfügte und ihm die Art. 154 und 155 der SIA-Norm 118 bekannt sein mussten».⁶ Im späteren Urteil kann man dies bei entsprechendem Wohlwollen auch lesen: «Branchenkenntnis oder Geschäftserfahrung schliesst aber die Ungewöhnlichkeit nicht zwingend aus. Auch für einen Branchenkundigen oder Geschäftsfahrenen kann eine AGB-Klausel unter Umständen ungewöhnlich sein.»⁷

In einem Urteil zur subjektiven Gewöhnlichkeit einer zeitlichen Beschränkung der Versicherungsdeckung mit Bezug auf psychiatrische Behandlungen schützte das Bundesgericht die Erwägungen der Vorinstanz: «Sie prüfte vielmehr aufgrund der vorliegenden gesamten Umstände des Einzelfalls und begründete dies detailliert [...], warum Ziff. 3.7 AVB für den Beschwerdeführer subjektiv nicht ungewöhnlich ist.»⁸ Die von der Vorinstanz analysierten gesamten Umstände und die detaillierte Begründung zeigten lediglich, dass der Versicherte in der Versicherungsbranche – wohl als Broker – arbeitet und schon einmal Patient in der Psychiatrie war, was zu diversen Mutmassungen führte: «Die Gepflogenheiten verschiedenster Versicherungen, (adäquate) Prämien, Leistungsausschlüsse, Deckungsbeschränkungen etc. dürften ihm somit bestens bekannt sein», und: «Es ist damit davon auszugehen bzw. wäre zu erwarten gewesen, dass der Kläger zumindest auch die ihm zustehenden psychiatrischen Leistungen gemäss den kurz gehaltenen AVB [...] genau prüft.»⁹ Mit einschlägigen Erfahrungen oder einer konkreten Kenntnis der spezifischen Klausel hat das nichts zu tun, vielmehr hat man ihm diese und damit eine Vollübernahme einfach unterstellt.

Mit dem neuen Urteil hat das Bundesgericht endgültig Klarheit geschaffen. Auch wenn die Pharmahändlerin vier Mal einen Transport bestellt hat, so zählt dies nicht als Erfahrung, weil man damit noch keine Erfahrung bezüglich des konkreten Problems des Verlusts oder der Beschädigung des Transportguts erlangt hat. Man darf also auch mehrfacher Bauherr sein und sich auf die Ungewöhnlichkeit der Genehmigungskompetenz der Bauleitung berufen, wenn man beim Bauen diesbezüglich noch nie Probleme erlebt hat. Da die Beweislast für die Unerfahrenheit gemäss Bundesgericht beim Bauherrn liegt, dürfte sich das Potential eröffnen, dass man früher erlebte Bau-probleme einfach nicht erwähnt. Die Pharmahändlerin hat ohne Zweifel immer wieder ihre Produkte einer Logistikunternehmung für Transporte anvertraut. Ich bin sicher, dass sich dabei schon Probleme ergeben haben, doch thematisiert das Urteil bezeichnenderweise nur die vier Transporte in den Monaten März bis April 2018, die die Pharmahändlerin mit Hilfe der Beklagten ausführen liess. Dies führt mich zu einem weiteren Punkt: Das Bundesgericht verteilt die Beweislast falsch.¹⁰ Wer aus einer objektiv ungewöhnlichen AGB-Klausel eine Genehmigung ableitet, kann dies nur tun, wenn der Vertragspartner in

² BGE 109 II 452 E. 5c.

³ BGE 109 II 452 E. 5d.

⁴ BGer, 5A_86/2021, 2.11.2021, E. 3.1.3.

⁵ ARNOLD F. RUSCH, BGer 5A_86/2021: Beweislast bei ungewöhnlicher Vollmachtsgabe in SIA 118, AJP 2022, 367 ff., 370; siehe zu diesem Problem auch ARNOLD F. RUSCH, Bauleitung genehmigt Schlussrechnung gemäss SIA 118, AJP 2026, 239 ff. (in diesem Heft).

⁶ BGE 109 II 452 E. 5d.

⁷ BGer, 5A_86/2021, 2.11.2021, E. 3.1.1.

⁸ BGer, 4A_499/2018, 10.12.2018, E. 3.4.

⁹ Versicherungsgericht SG, KV-Z 2017/11, 7.8.2018, E. 4.3.4.

¹⁰ BGer, 5A_86/2021, 2.11.2021, E. 3.1.5.2 und die Kritik dazu bei RUSCH (FN 5), AJP 2022, 369 f., und AJP 2026, 241.

diesen Angelegenheiten erfahren ist, mithin die subjektive Ungewöhnlichkeit gerade nicht vorliegt. Damit leitet der AGB-Verwender aus der Erfahrung des Vertragspartners Rechte ab und ist folglich auch für diese beweisbelastet. Dasselbe lässt sich aus dem für die Beweislast essentiellen Regel-Ausnahme-Verhältnis ableiten. Bauerfahrung ist die Ausnahme, Unerfahrenheit die Regel: Man baut eben meist *nur einmal im Leben*.¹¹

Vergleicht man diese Überlegungen mit anderen, allgemeineren Phänomenen der Konsenslehre, lassen sich weitere Schlüsse ziehen. Was bedeutet «neu»? Der Käufer eines zwar ungebrauchten, aber doch schon älteren Fiat-Modells wies das Vorbringen des Verkäufers zurück, wonach sich die Neuheit des Fahrzeugs anhand einer Branchenweisung beurteile: «*Dabei ist nicht, wie dies die beiden Vorinstanzen getan haben, auf eine Branchenunsatz abzustellen, da die Klägerin offensichtlich nicht dem entsprechenden Verkehrskreis angehört.*»¹² Auch bei der Unfallfreiheit haben sich Gerichte schon geweigert, Verbandsrichtlinien zu berücksichtigen, weil sie von einem individuellen Verständnis des Käufers ausgingen. Das Kantonsgericht Waadt befand bei einem Luxusfahrzeug Jaguar XK 4.2 V8 «*100% unfallfrei*», dessen Front und Lampen bei einem Unfall Schäden erlitten hatten, dass dieser Aufprall für einen Laien sehr wohl einen Unfall bilde.¹³ Diese Überlegungen passen gut zur Problematik der

subjektiven Ungewöhnlichkeit. Nur weil man ein Fahrzeug hat, heisst das noch lange nicht, dass man vom Fahrzeug-Fach ist. Auf diese einfache Formel sollten die Richter den Streit um die subjektive Ungewöhnlichkeit einer Klausel reduzieren. Wer nicht Teil einer Branche ist, muss sich objektiv ungewöhnliche AGB nicht entgegenhalten lassen. Dies sagte das Bundesgericht im ersten Satz tatsächlich so: «*Gli art. 21 e 22 CGS sono clausole insolite dal profilo soggettivo, visto che l'opponente è una ditta attiva nel commercio di prodotti farmaceutici, non in quello dei trasporti.*»¹⁴ Da es um eine Pharmahändlerin und nicht um ein Logistikunternehmen geht, ist die subjektive Ungewöhnlichkeit erstellt. Erst nachher präzisiert, relativiert und verkompliziert das Bundesgericht unnötigerweise diese einfache Aussage mit der Klarstellung, wonach man auch bei vier Transporten keine entsprechenden Kenntnisse und Erfahrungen vorweisen könne.

Die Ungewöhnlichkeitsregel stellt einen *veritablen Anachronismus* dar. Seit der offenen Inhaltskontrolle in Art. 8 UWG spielt die subjektive Komponente der Ungewöhnlichkeit eigentlich keine Rolle mehr: Die Unlauterkeit lässt sich auch in abstrakten Verfahren unabhängig von den konkreten Umständen und Parteien feststellen (Art. 9 f. UWG). Da die Gerichte die offene Inhaltskontrolle leider nicht anwenden und das Parlament diese auf Konsumenten eingeschränkt hat, bleibt nichts Anderes übrig, als sich weiterhin mit der subjektiven Ungewöhnlichkeit, besonderen Hinweisen, die auch in einem Fettdruck bestehen können, und sonstigem Unfug zu befassen.

¹¹ Vgl. die Hinweise bei RUSCH (FN 5), AJP 2022, 369 f.

¹² BGE 116 II 431 E. 3a.

¹³ TC VD, HC/2021/786, 21.6.2021, E. 4.4.2: «*Ces dommages ne présentaient pas de danger particulier pour le conducteur et les autres usagers de la route, à l'exception du phare avant gauche. L'expert a précisé que le véhicule ne devait pas être considéré comme accidenté au sens de l'acception professionnelle du terme, car les parties endommagées n'affectaient pas le châssis, mais uniquement des éléments d'habillage et constituaient par conséquent des «dommages cosmétiques». Or on ne saurait opposer à un profane – ce qui est le cas de l'appelant, le contraire n'étant ni invoqué ni établi – le fait que le véhicule n'aurait pas été accidenté au sens que les professionnels de la branche attribuent à ce terme. En effet, pour tout un chacun, l'affirmation qu'un véhicule n'a subi aucun accident signifie qu'il n'a pas subi d'accident nécessitant une réparation autre qu'anodine, et non que le châssis n'a pas été atteint. Il s'agit d'un vocabulaire spécialisé de professionnels dont l'intimée ne saurait se prévaloir. Au surplus, la vente a porté sur un véhicule de la marque Jaguar, qui – même lors d'un achat d'occasion – doit être considéré comme un objet de luxe. Dans le contexte d'une telle vente, l'acheteur sera particulièrement sensible à acquérir un objet non accidenté, quelle qu'en soit l'acception, soit intact dans sa structure ainsi que dans son habillage. Les défauts relevés par l'expert compromettaient dès lors sensiblement le but économique de l'achat du véhicule litigieux.*» Dasselbe geschah in BGE 97 IV 145 E. 2: «*Der Beschwerdeführer bestreitet den Täuschungsvorsatz unter Berufung darauf, dass der Ford Cortina nach den Richtlinien der freiberuflichen Fahrzeugsachverständigen beim Unfall bloss Blebschäden erlitten habe und daher kein Unfallwagen gewesen*

sei. Damit kann der Beschwerdeführer seine Gutgläubigkeit aber nicht dartun. Massgebend ist nicht, wie der Begriff des Unfallwagens in einem engeren Kreis von Sachverständigen für bestimmte Zwecke umschrieben wird, sondern wie der Ausdruck im allgemeinen nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zu verstehen ist. Die bei der fraglichen Auffahrkollision eingetretenen Schäden betrafen u. a. das Fahrgestell, somit einen wichtigen Teil des Wagens, und waren, wie die vorgenommenen Reparaturen zeigen, erheblicher Art, so dass von einem unbedeutenden Unfall oder von reinen Blebschäden nicht die Rede sein kann.»

¹⁴ BGer, 4A_287/2024, 2.7.2025, E. 5.3.4.2.