

AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (CISG) – Probleme aus schweizerischer Sicht

von
Thomas Koller*

Inhalt

I.	Einleitung und Ausgangsfall – Die typische Konstellation	223
II.	AGB-Kontrolle im Anwendungsbereich des nationalen schweizerischen Rechts . . .	228
	1. Das vierstufige Prüfungsprogramm	228
	a) Konsens- und Geltungskontrolle (1. Stufe)	228
	b) Auslegungskontrolle	229
	c) Konsens- und Geltungskontrolle (2. Stufe; Ungewöhnlichkeitsregel)	231
	d) Inhaltskontrolle	232
	2. Würdigung	234
III.	AGB-Kontrolle im Anwendungsbereich des CISG	235
	1. Konsens- und Geltungskontrolle (1. Stufe)	236
	2. Auslegungskontrolle	238
	3. Konsens- und Geltungskontrolle (2. Stufe; Ungewöhnlichkeitsregel)	239
	4. Inhaltskontrolle	242
IV.	Fazit	243

I. Einleitung und Ausgangsfall – Die typische Konstellation

Um Waren effizient produzieren und vertreiben zu können, ist eine möglichst hohe Standardisierung hilfreich. Dies gilt nicht nur für den technischen, sondern auch für den rechtlichen Bereich. Anbieter von Waren – seltener auch Warenbezüger – sind daher daran interessiert, die Geschäftsbeziehungen mit ihren Kunden einheitlich zu gestalten. Zu diesem Zweck bedienen sie sich meist vorformulierter Vertragsbedingungen, üblicherweise auch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) genannt¹.

* Meinem Assistenten, Herrn lic. iur. Jon S. Plotke, schulde ich grossen Dank für die intensive und kritisch-konstruktive Mithilfe bei der Ausarbeitung des Manuskripts.

¹ Der Einfachheit halber werden vorformulierte Vertragsbedingungen im folgenden AGB (Allgemeine Geschäftsbedingungen) genannt.

Solche AGB haben allerdings oft nicht nur *Standardisierungsfunktion*, sondern verfolgen auch noch weitere Ziele. In der Regel versucht der Verwender von AGB auch, dem Vertragsgegner bestimmte einseitig formulierte Vertragsklauseln (z.B. eine Gewährleistungsausschlussklausel) aufzuzwingen (*Diktatfunktion*), was besonders gut funktioniert, wenn sämtliche namhaften Mitglieder des selben Wirtschaftszweiges ähnliche oder gleiche AGB verwenden und damit ein „faktisches Konditionenkartell“ bilden². Bisweilen werden AGB gar noch anderen Zwecken dienstbar gemacht, so etwa der *Überrumpelung* oder der *Täuschung* des Vertragspartners³.

AGB präsentieren sich von ihrer äusseren Erscheinung her eher wie hoheitlich erlassene Gesetzesnormen denn wie Vertragsklauseln, die das Resultat einer frei und fair ausgehandelten gegenseitig übereinstimmenden Willensäusserung darstellen. Sie sind oft unklar abgefasst, überraschend, unausgewogen und vielfach sogar irreführend. Aus diesen Gründen ist es in der Rechtswissenschaft seit Jahrzehnten unbestritten, dass AGB nicht ausschliesslich nach den gewöhnlichen Regeln des Vertragsrechts beurteilt werden können. Notwendig sind vielmehr spezifische Normen zum Schutze des Vertragsgegners, welche die allgemeinen Bestimmungen des Vertragsrechts ergänzen⁴.

Wurden AGB früher hauptsächlich im Zusammenhang mit Dauerverträgen, insbesondere im Banken- und im Versicherungsbereich, verwendet, so werden heute zahlreiche Verträge in allen Sparten der Wirtschaft unter Beizug von AGB abgeschlossen, und zwar nicht nur im *Verbraucherrecht*, sondern auch und gerade bei

2 Womit gemäss INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000, Rz 44.03 „die Vertragsfreiheit [...] auf ein *take it oder leave it* reduziert“ wird.

Vgl. dazu auch die Umschreibung des Begriffs der AGB in Art. 2.19 der Unidroit Principles: „Standard terms are provisions which are prepared in advance for general and repeated use by one party and which are actually used without negotiation with the other party.“ Diese Umschreibung bringt sowohl die Standardisierungs- als auch die Diktatfunktion von AGB sehr plastisch zum Ausdruck.

3 Dazu einlässlich etwa ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar VI/1/1, Bern 1986 (im Folgenden BK-KRAMER), Art. 1 OR N 176 ff.

Vgl. zur rechtstatsächlichen Bedeutung von AGB in Deutschland statt aller etwa J. VON STAUDINGER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), 13. Aufl., Berlin 1998 (im Folgenden: STAUDINGER/BEARBEITER [1998]), hier spez. STAUDINGER/SCHLOSSER (1998), Einl zum AGBG Rz 1 ff. und Rz 29.

4 Vgl. für Deutschland etwa bereits die Publikation von LUDWIG RAISER, Das Recht der AGB, Hamburg 1935, die als Ausgangspunkt der rechtspolitischen AGB-Diskussion bezeichnet wird (STAUDINGER/SCHLOSSER [1998] [FN 3], Einl zum AGBG Rz 1).

Verträgen unter Geschäftsleuten. Dies trifft insbesondere auch bei internationalen Warenkaufverträgen zu, die in den Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts (CISG) – ebenfalls bekannt unter der Bezeichnung „Wiener Kaufrecht“ – fallen⁵.

Welch erhebliche Bedeutung AGB in internationalen Kaufverträgen zukommt, lässt sich z.B. anhand der Urteilsdatenbank des Pace Law School Institute of International Commerce Law in New York eindrücklich illustrieren⁶. In dieser Datenbank sind zurzeit (Juli 2002) über 900 Gerichtsurteile verzeichnet, die das CISG betreffen. Gibt man einen der Suchbegriffe „general conditions“, „general terms“, „standard conditions“ oder „standard terms“ ein, so werden immer über 200 Gerichtsurteile angezeigt. Selbst wenn man die bei solchen Recherchen unvermeidlichen Fehlanzeigen aussondert, verbleibt immer noch ein ansehnlicher Rest von Entscheiden, in denen AGB eine zentrale Rolle spielen. Bei einer diagonalen Durchsicht der angezeigten Fälle lassen sich drei wichtige Arten von AGB-Klauseln herauschälen, welche immer wieder zu Streitigkeiten Anlass geben: 1. Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsklauseln, 2. Rechtswahlklauseln und 3. Gewährleistungswegbedingungs- bzw. Gewährleistungsmodifikationsklauseln.

Im Hinblick auf die skizzierten mit AGB zusammenhängenden Probleme wurden in den letzten Jahrzehnten in zahlreichen nationalen Rechtsordnungen – insbesondere in Europa – spezielle Normen über die rechtliche Behandlung solch vorformulierter Vertragsbedingungen erlassen, die vor allem die Probleme des Einbezugs, der Auslegung und der zulässigen Inhalte von AGB zum Gegenstand haben⁷. Diese gesetzlichen Spezialnormen sind dabei nicht – wie man auf den ersten Blick meinen könnte – ausschliesslich für Konsumentenverträge von Bedeutung, sondern finden (z.T. allerdings nicht vollumfänglich) auch auf Verträge im gewerblich-unternehmerischen Bereich Anwendung⁸. Demgegenüber enthält das CISG keine AGB betreffenden Sonderbestimmungen. Da das UN-Kaufrecht nicht sämtliche mit internationalen Kaufverträgen zusammenhängenden Rechtsfragen regelt, sondern dem vom IPR des Forums berufenen nationalen Recht einen verhältnismässig grossen Normierungsbereich überlässt, stellt sich damit automatisch die Frage, nach welchen Bestimmungen AGB-Probleme bei grenzüberschreitenden Waren-

5 Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.4.1980 [SR 0.221.211.1]. Das Übereinkommen wird nachfolgend als CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) bezeichnet. Eine einheitliche Bezeichnung hat sich noch nicht durchgesetzt.
Das CISG wurde bis heute (Juli 2002) von 61 Staaten ratifiziert.

6 <http://www.cisg.law.pace.edu/>.

7 Siehe dazu etwa den umfassenden Überblick über die Rechtslage in verschiedenen Staaten bei KARL-HEINZ NEUMAYER, Contracting Subject to Standard Terms and Conditions, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VII Chapter 12, Tübingen etc. 1999.

8 Vgl. dazu z.B. § 310 Abs. 1 BGB in der seit 1.1.2002 geltenden Fassung (vormals § 24 Abs. 1 Ziff. 1 AGBG).

kaufverträgen beurteilt werden. Insbesondere ist dabei von Interesse, ob sämtliche nationalen AGB-Sondernormen durch das CISG verdrängt werden oder ob – und gegebenenfalls inwieweit – neben dem CISG Raum für die Anwendung einzelstaatlicher AGB-Regeln besteht.

Zur Illustration dieses Problems sollen zwei Beispiele aus der deutschen Rechtsprechung dienen.

1. Ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland hatte gemäss Auftragsbestätigung vom 25. Juni 1998 einem in Spanien ansässigen Unternehmen eine gebrauchte computergesteuerte CNC Wälzfräsmaschine des Fabrikats L. „unter Zugrundelegung“ ihrer Verkaufs- und Lieferbedingungen zum Preis von 370'000 DM verkauft. Die Verkaufs- und Lieferbedingungen der beklagten Verkäuferin, nach welchen gebrauchte Maschinen „ohne jegliche Gewähr für anhaftende Mängel“ verkauft bzw. geliefert werden, waren der Auftragsbestätigung vom 25. Juni 1998 nicht beigefügt. Die Inbetriebnahme der Maschine in Spanien war nur nach längeren Verzögerungen möglich. Schuld an diesen Verzögerungen waren nach Ansicht der Klägerin (Käuferin) Mängel an der gelieferten Maschine. Der BGH beschränkte seine Prüfung des Falles auf die Frage, ob die vom Verkäufer eingebrachten Verkaufs- und Lieferbedingungen einen gültigen Bestandteil des Vertrages geworden waren und verneinte dies in Anwendung der Bestimmungen des CISG, mithin *nach vereinheitlichtem Kaufrecht*⁹.
2. Im Rahmen eines Kaufvertrages über die Lieferung eines Prototyps einer Folien-Ummantelungsanlage machte die Käuferin u.a. Schadenersatzansprüche geltend, weil die Maschine den vertraglich vereinbarten Anforderungen nicht genügt habe. Die Beklagte bestritt diese Forderung unter Berufung auf eine Freizeichnungsklausel in formularmässigen Verkaufs- und Lieferbedingungen. Das zuständige Gericht kam zur Auffassung, dass der vollständige Ausschluss der Haftung den Käufer völlig unangemessen benachteilige und im Gegensatz zu den gesetzlichen Vorgaben stehe, weshalb eine solche Klausel nach § 9 AGBG – also *nach nationalem deutschem Recht* – als nichtig anzusehen sei¹⁰.

Das Schwergewicht der folgenden Betrachtungen soll allerdings beim Zusammenspiel zwischen dem CISG und den AGB-Regeln des schweizerischen Rechts liegen¹¹. Dies nicht zuletzt deshalb, weil das kodifizierte schweizerische Recht – von wenigen Ausnahmen abgesehen¹² – im Gegensatz zu den meisten europäischen Staaten keine besonderen Normen über AGB kennt, der ganze Problemkom-

9 Urteil des BGH vom 31. Oktober 2001 (VIII ZR 60/01; abrufbar unter www.rws-verlag.de/bgh-free/volltex5/vo80863.htm).

10 Urteil des Landgerichts Heilbronn vom 15.09.1997, 3 KfH 653/93.

11 Vgl. zum Zusammenspiel zwischen dem CISG einerseits und der AGB-Kontrolle aus deutscher und französischer Sicht andererseits etwa MARC SAMUEL HENNEMANN, AGB-Kontrolle im UN-Kaufrecht aus deutscher und französischer Sicht, Diss. Tübingen 2001.

12 Art. 8 UWG; Art. 256 Abs. 2 lit. a und Art. 288 Abs. 2 lit. a OR; Art. 33 VVG.

plex der so genannten AGB-Kontrolle daher mit (verhältnismässig unsicheren) Regeln bewältigt werden muss, die von der Rechtsprechung und der Lehre in den letzten Jahrzehnten entwickelt wurden¹³.

Im Folgenden sollen zuerst in einem kurzen Überblick die im schweizerischen Vertragsrecht massgebenden Regeln der AGB-Kontrolle rekapituliert werden (II.). Anschliessend gilt es, den Problemkreis der AGB-Kontrolle im Anwendungsbereich des CISG zu untersuchen (III.). Abgerundet werden diese Ausführungen durch ein kurzes Fazit (IV.). Dabei wird davon ausgegangen, dass der von den Parteien geschlossene Kaufvertrag grundsätzlich dem CISG unterliegt, die Parteien also weder in den AGB noch durch Individualabrede eine Rechtswahlklausel vereinbart haben, und dass das Kollisionsrecht des Forums zur Beurteilung der nicht durch das UN-Kaufrecht geregelten Fragen auf das schweizerische Recht verweist. Nicht behandelt werden hier die – in der Praxis sehr wichtigen – AGB-Gerichtsstands- und AGB-Schiedsgerichtsklauseln¹⁴ sowie AGB-Rechtswahlklauseln¹⁵.

-
- 13 Vgl. dazu einlässlich etwa THOMAS KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – dargestellt anhand einer Deckungsausschlussklausel in der Betriebshaftpflichtversicherung, recht 1999, 43 ff. m.w.H.
- 14 Nach herrschender Meinung beurteilen sich Gerichtsstandsklauseln ohnehin nicht nach dem CISG, sondern nach dem massgebenden Prozessrecht (PETER SCHLECHTRIEM, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Aufl., München 2000 [im Folgenden: SCHLECHTRIEM/BEARBEITER], hier spez. SCHLECHTRIEM/SCHLECHTRIEM, Vor Art. 14-24 CISG Rz 1; PETER SCHLECHTRIEM, Internationales UN-Kaufrecht, Tübingen 1996, Rz 58; J. VON STAUDINGER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht [CISG], Neubearbeitung 1999 von ULRICH MAGNUS, Berlin 1999 [im Folgenden: STAUDINGER/MAGNUS (1999)], hier spez. STAUDINGER/MAGNUS (1999), Art. 90 CISG Rz 11; sinngemäss auch SCHLECHTRIEM/FERRARI, Art. 4 CISG Rz 14; differenzierend WOLFGANG DRASCH, Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle vorformulierter Geschäftsbedingungen im Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts, Zürich 1999, 48/49).
Siehe als Bsp. für einen internationalen (werk)vertragsrechtlichen Fall mit einer – vom Bundesgericht als zu unklar formuliert bezeichneten – Gerichtsstandsklausel in AGB den BGE vom 28.1.2000 i.S. Elex AG c. Crig-Hautefaye Sàrl (4C.353/1999).
- 15 Rechtswahlklauseln in AGB verursachen im schweizerischen IPR besondere Probleme. Nach Art. 116 Abs. 2 Satz 2 IPRG untersteht die Beurteilung von Rechtswahlklauseln dem von ihnen gewählten Recht selbst. Bei AGB-Rechtswahlklauseln ist dies jedenfalls dann fragwürdig, wenn die Rechtswahl auf schweizerisches Recht lautet, welches – wie anschliessend zu zeigen sein wird – bei der AGB-Kontrolle im internationalen Vergleich ein eigentliches Schutzdefizit aufweist (vgl. dazu einlässlich etwa FRANK VISCHER/LUCIUS HUBER/DAVID OSER, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., Bern 2000, Rz 154 ff.).

II. AGB-Kontrolle im Anwendungsbereich des nationalen schweizerischen Rechts

1. Das vierstufige Prüfungsprogramm

Die AGB-Kontrolle im nationalen schweizerischen Recht, welche mit Hilfe von allgemeinen vertragsrechtlichen Gesetzesnormen sowie der von Rechtsprechung und Lehre entwickelten spezifischen Regeln durchgeführt wird, kann systematisch in die folgenden vier verschiedenen Kontrollebenen aufgeteilt werden.

a) *Konsens- und Geltungskontrolle (1. Stufe)*

Sollen AGB Bestandteil der vertraglichen Vereinbarung und somit für die Vertragsparteien verbindlich werden, so müssen sie grundsätzlich vom Konsens der Parteien gedeckt sein, das heisst Teil der übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung bilden¹⁶. Die Willensäusserung zur Übernahme der AGB in den konkreten Einzelvertrag kann ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben werden¹⁷. Für einen wirksamen Einbezug von AGB in den Vertrag ist erforderlich, dass diese dem Vertragsgegner *vor Vertragsschluss*¹⁸ ausgehändigt werden oder dass ihm zumindest ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt wird, von diesen AGB rechtzeitig und in Ruhe Kenntnis zu nehmen. Ist dies nicht der Fall, so sind die AGB rechtlich unerheblich. Zwar steht es den Parteien frei, AGB zu übernehmen, *nachdem sie den Vertrag bereits abgeschlossen haben*, doch setzt dies eine Modifikation des bereits geschlossenen Vertrages voraus, woran es in aller Regel fehlen dürfte¹⁹. Insbesondere darf nicht leichthin aus einem Stillschweigen des Vertragspartners auf vom Verwender *nachgeschobene AGB* geschlossen werden, diese seien vom Empfänger akzeptiert worden. Etwas anderes kann sich je nach

16 PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bände, 7. Aufl., Zürich 1998, Band I: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz 1129.

17 Art. 1 Abs. 2 OR; SCHWENZER (FN 2), Rz 45.01; BK-KRAMER (FN 3), Art. 1 OR N 187.

18 Werden AGB dem Vertragsgegner erst später zur Kenntnis gebracht, so spricht man von nachgeschobenen AGB. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die AGB erst mit der Zusendung einer Rechnung oder eines Lieferscheines dem Vertragsgegner mitgeteilt werden.

19 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1133.

den Umständen aus dem Stillschweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, dem AGB beigelegt werden, ergeben²⁰.

Wurden die AGB von den Parteien in den Vertrag übernommen, so unterliegen sie selbstverständlich genauso wie individuell ausgehandelte Vertragsklauseln den *allgemeinen gesetzlichen Kontrollmechanismen des Vertragsrechts* wie z.B. den Bestimmungen über die Willensmängelanfechtung²¹ und der Übervorteilung²².

b) *Auslegungskontrolle*

Wie die individuell ausgehandelten Vertragsinhalte sind auch die AGB-Klauseln – zunächst – nach den *allgemeinen Interpretationsregeln*²³ des Vertragsrechtes auszulegen. Dementsprechend ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien zu eruieren²⁴. Fehlt es daran oder lässt sich ein solcher übereinstimmender Wille nicht feststellen, so ist zu ermitteln, was vernünftig und redlich (korrekt) handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder durch ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden²⁵. Die massgebende Auslegungsregel stellt dabei das *Vertrauensprinzip* dar²⁶. Führen die allgemeinen Interpretationsregeln zu keinem Resultat, so kommt in zweiter Linie die von der Rechtsprechung und Lehre entwickelte – auch anderen Rechtsordnungen bekannte²⁷ – AGB-spezifische Un-

-
- 20 BK-KRAMER (FN 3), Art. 1 OR N 215. Siehe zu den generellen Wirkungen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens, gegen welches der Empfänger nicht remonstriert, etwa BGE 114 II 250 ff.
- 21 Art. 23 ff. OR. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 760 ff.; SCHWENZER (FN 2), Rz 36.01 ff.
- 22 Art. 21 OR. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 731 ff.; SCHWENZER (FN 2), Rz 32.48 ff. Vgl. zu Art. 21 OR etwa den interessanten Fall BGE 123 III 292 ff. („Fussballclub Lohn“). In diesem Fall ging es zwar nicht um AGB, aber das Bundesgericht machte in seinen Erwägungen Ausführungen über das soziale Privatrecht und die Verdrängung der formalen Vertragsfreiheit durch die materielle Vertragsgerechtigkeit (a.a.O., 297/298), die künftig bei einer AGB-Inhaltskontrolle eine zentrale Rolle spielen könnten.
- 23 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1205 ff.; SCHWENZER (FN 2), Rz 45.08; BK-KRAMER (FN 3), Art. 1 OR N 218.
- 24 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1200; SCHWENZER (FN 2), Rz 33.02.
- 25 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1201.
- 26 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1224 ff.; SCHWENZER (FN 2), Rz 27.40 ff. Vgl. aus der reichhaltigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Vertrauensprinzip im Allgemeinen statt aller nur etwa BGE 125 III 436/437 E. 2a m.w.H.
- 27 Siehe dazu als Bsp. etwa § 305c Abs. 2 BGB in der seit 1.1.2002 geltenden Fassung (vormals § 5 AGBG). Die Unklarheitenregel war in Deutschland lange bevor sie gesetzlich kodifiziert wurde

*klarheitenregel*²⁸ zum Tragen. Nach dieser Regel sind AGB-Klauseln im Zweifel zu Ungunsten des Verwenders auszulegen (in dubio contra stipulatorem)²⁹.

Abschliessend ist festzuhalten, dass für das schweizerische Recht eine einheitliche (also „objektivierte“) AGB-Auslegung, wie sie etwa in Deutschland erfolgt, abgelehnt wird. So sind auch AGB als Bestandteile eines konkreten Vertrages individuell-intersubjektiv, anhand der Umstände des Einzelfalles, auszulegen³⁰, was – jedenfalls theoretisch – zur Folge hat, dass ein- und dieselbe AGB-Klausel in verschiedenen Verträgen eine unterschiedliche Bedeutung haben könnte (womit die vom Verwender angestrebte Standardisierung seiner rechtlichen Beziehungen zu einer Vielzahl von Vertragspartnern an sich nicht erreicht werden kann). In der Praxis spielt die individuell-intersubjektive Auslegung von AGB allerdings keine grosse Rolle, lassen sich doch kaum Entscheide ausmachen, in denen AGB von den Gerichten wirklich einzelfallbezogen interpretiert wurden³¹. Zudem ist in neuerer Zeit dieser methodologische Ansatz auch für das schweizerische Recht in Zweifel gezogen worden³².

durch die Rechtsprechung entwickelt worden (STAUDINGER/SCHLOSSER [1998] [FN 3], § 5 AGBG Rz 1). Weitere Hinweise bei BK-KRAMER (FN 3), Art. 1 OR N 109.

Eine – allerdings nicht auf AGB begrenzte – Unklarheitenregel enthält auch Art. 4.6 der Unidroit Principles: ”If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred”.

28 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1231 ff.; SCHWENZER (FN 2), Rz 45.10; BK-KRAMER (FN 3), Art. 1 OR N 221.

29 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1231. Eine Konkretisierung dieser Regel findet sich für den Versicherungsvertrag in Art. 33 VVG.

Vgl. zur Unklarheitenregel als illustratives Beispiel etwa BGE 115 II 264 ff., spez. E. 5.

Der Unklarheitenregel nahe verwandt ist zudem das Restriktionsprinzip, wonach insbesondere diejenigen Klauseln, die vom dispositiven Recht abweichen, eng zu interpretieren sind. Vgl. dazu auch SCHWENZER (FN 2), Rz 45.11 m.w.H.

30 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1240 ff. m.w.H.; BK-KRAMER (FN 3), Art. 1 OR N 218 ff. m.w.H.

31 Vgl. dazu als signifikantes Beispiel etwa die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive (ERA), welche nach (zutreffender) bundesgerichtlicher Rechtsprechung als AGB zu qualifizieren sind (BGE 111 II 78 f. E. 3a), im Ergebnis aber vom Bundesgericht stets wie objektives Recht angewandt wurden.

32 WOLFGANG WIEGAND, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999 und 2000 (Obligationenrecht)*, ZBJV 2002, 316 ff., spez. 341/342 (Besprechung von BGE 126 III 388 ff.; Auslegung der SIA-Norm 102).

c) *Konsens- und Geltungskontrolle (2. Stufe; Ungewöhnlichkeitsregel)*

Steht fest, welchen Sinn eine an sich gültig in den Vertrag einbezogene AGB-Klausel hat, so findet eine zweite Konsenskontrolle statt. AGB werden in aller Regel von den Parteien im vorvertraglichen Stadium nicht miteinander besprochen; der formale Einbezug der AGB erfolgt seitens der Kunden im Allgemeinen ohne Verhandlung und Diskussion der einzelnen AGB-Klauseln (Global- oder Totaleinbezug)³³. Von einem Globaleinbezug kann dann gesprochen werden, wenn eine Partei den Inhalt der AGB entweder nicht zur Kenntnis nimmt, nicht überlegt oder nicht versteht³⁴. Diesfalls kann der formell gültige Einbezug einzelner AGB-Klauseln an der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten – und auch in anderen Rechtsordnungen bekannten³⁵ – AGB-spezifischen *Ungewöhnlichkeitsregel* scheitern³⁶. Diese besagt, dass im Falle einer global erklärten Zustimmung alle überraschenden Klauseln von dieser Zustimmung ausgenommen sind, auf deren Vorhandensein die *schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei* nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Denn der AGB-Verwender muss heute nach dem Vertrauensprinzip³⁷ davon ausgehen, dass ein unerfahrener oder schwächerer Geschäftspartner ungewöhnlichen Klauseln an sich nicht (jedenfalls nicht im rechtsrelevanten Sinn) zustimmt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich einzelfallbezogen aus der Sicht des

33 So auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1130a: Werden AGB durch Verweisung übernommen, so spricht nach der Praxis die Vermutung für eine Globalübernahme.

34 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1130 m.w.H.; SCHWENZER (FN 2), Rz 45.03 m.w.H., benutzt den Begriff „Globalübernahme“ für diesen Fall.

35 Siehe dazu als Bsp. etwa § 305c Abs. 1 BGB in der seit 1.1.2002 geltenden Fassung (vormals § 3 AGBG). Auch hier hat der deutsche Gesetzgeber – wie bei der Unklarheitenregel – nur kodifiziert, was die Rechtsprechung schon lange vorher entwickelt hat (STAUDINGER/SCHLOSSER [1998] [FN 3], § 3 AGBG Rz 1).

Auch die Unidroit Principles enthalten in Art. 2.20(1) eine Ungewöhnlichkeitsregel: „No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party.“

Zur Entwicklung der Rechtsprechung in der Schweiz vgl. etwa BK-KRAMER (FN 3), Art. 1 OR N 201 ff.

36 Selbstverständlich kann auch bei einem Globaleinbezug dieser bereits daran scheitern, dass die global zustimmende Partei keine Möglichkeit hatte, sich vom Inhalt der AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu verschaffen (formeller Konsens). Dies kann auch von der Lesbarkeit der AGB abhängen. So sind etwa dem „Kleindruck des Kleingedruckten“ Grenzen gesetzt. Siehe dazu m.w.H. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1140 f., und BK-KRAMER (FN 3), Art. 1 OR N 207.

37 Zeitgeschichtlich interessant ist in diesem Zusammenhang der Umstand, dass die Rechtsprechung die Wirksamkeit des Globaleinbezugs von AGB schon lange auf die Theorie der Gültigkeit ungelesen unterzeichneter Urkunden abgestützt hat und dass diese Theorie ihrerseits auf dem Vertrauensprinzip basiert (vgl. dazu bereits etwa BGE 45 I 46/47 betr. Gerichtsstandsklausel).

Zustimmenden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Auch eine branchenübliche Klausel kann für einen Branchenfremden ungewöhnlich sein, soweit die abweichenden Vorstellungen des Vertragsgegners für den AGB-Verwender erkennbar sind. Neben dieser *subjektiven* Voraussetzung muss die Klausel auch *objektiv* beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen, d.h. zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen und (bei Nominatkontrakten) in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen³⁸.

Ungewöhnlichkeit ist nicht mit „Unbilligkeit“ gleichzusetzen³⁹. So ist eine AGB-Klausel etwa dann nicht ungewöhnlich, wenn der Verwender seinen Vertragsgegner ausdrücklich auf diese Klausel und ihre Besonderheiten hingewiesen hat. Daher eignet sich die Ungewöhnlichkeitsregel – jedenfalls theoretisch – nicht zur Überprüfung inhaltlich unangemessener AGB⁴⁰.

Die Ungewöhnlichkeitsregel ist hauptsächlich bei Verbraucherverträgen von Bedeutung. Sie kann aber ebenso bei Verträgen im gewerblich-unternehmerischen Bereich zur Anwendung kommen. Denn als „schwächerer Vertragspartner“ gilt auch eine wirtschaftlich leistungsfähige Partei, sofern sie gezwungen ist, AGB als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil sie – so typischerweise bei einem faktischen Konditionenkartell – andernfalls kaum einen Vertragspartner findet⁴¹.

d) *Inhaltskontrolle*

Auf der letzten Kontrollebene ist schliesslich zu prüfen, ob gültig in den Vertrag einbezogene AGB-Klauseln inhaltlich zulässig sind. Massgebend sind hierbei zunächst – wie bei individuell ausgehandelten Vertragsklauseln auch – die allgemeinen Inhaltsschranken des Vertragsrechts⁴². So haben AGB (bzw. einzelne AGB-Klauseln) selbstverständlich dann keine Geltung, wenn sie gegen zwingendes

38 Vgl. zur Ungewöhnlichkeitsregel einlässlich den „leading case“ BGE 109 II 452 („Hühnerstall-Fall“), spez. E. 5; SCHWENZER (FN 2), Rz 45.07.

39 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1142; TH. KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (FN 13), 46; BK-KRAMER (FN 3), Art. 1 OR N 206.

40 Auf einem ganz andern Blatt steht, dass das Bundesgericht die Ungewöhnlichkeitsregel oft zu einer verdeckten Inhaltskontrolle (unter dem Deckmantel der Einbezugskontrolle) verwendet.

41 BGE 109 II 452 E. 5a; vgl. dazu auch TH. KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (FN 13), 55.

42 Art. 19 und 20 OR.

Recht verstossen⁴³. Darüber hinaus wäre indessen eine spezifische AGB-Inhaltskontrolle erforderlich. Während nun aber zahlreiche andere Staaten⁴⁴ gesetzliche Sonderregelungen über die inhaltlichen Schranken von AGB erlassen haben, hat sich der Schweizer Gesetzgeber diesbezüglich bisher trotz z.T. massiver Kritik in der Literatur auffallend zurückgehalten⁴⁵. Entsprechend zahlreich sind denn auch die Bemühungen, mit denen die Lehre versucht hat, wenigstens Ansatzpunkte⁴⁶ im geltenden Recht zu finden, die dennoch eine (allenfalls auch beschränkte) AGB-spezifische Inhaltskontrolle ermöglichen sollen⁴⁷. Im Vordergrund des Interesses steht dabei die Generalklausel von Art. 19 Abs. 2 OR mit dem Kriterium der öffentlichen Ordnung. Als Referenzgrössen, an denen inhaltlich problematische AGB-Klauseln unter Berufung auf dieses Kriterium gemessen werden könnten, wurden in der Lehre etwa das *dispositive Recht*, der *Vertragszweck*, die *bessere Risikobeherrschung*, das *Transparenzgebot* und letztlich vor allem die *der Gesamtrechtsordnung immanenten Wertungs- und Ordnungsprinzipien* vorgeschlagen⁴⁸.

Noch ist das Bundesgericht diesen in der Literatur postulierten Ideen aber nicht gefolgt⁴⁹. Somit bleibt als einzige allgemein anwendbare Norm im Bereich der

43 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1138; SCHWENZER (FN 2), Rz 46.01. Dies gilt insbesondere auch für die Bestimmungen von Art. 256 Abs. 1 und Art. 288 Abs. 1 OR, die zwar nicht zwingendes Recht darstellen, für welche aber der Abs. 2 der jeweiligen Norm festlegt, dass Abweichungen von der Regelung in Abs. 1 nicht in AGB vereinbart werden dürfen.

44 So z.B. in Deutschland mit den Regelungen zur Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen in den §§ 305-310 BGB (in Kraft seit 1.1.2002) bzw. vormals das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) vom 9.12.1976.

Siehe auch die einlässliche Darstellung der AGB-Gesetzgebung in verschiedenen anderen Ländern bei NEUMAYER (FN 7).

45 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1148; ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar VI/1/2/1a, Bern 1991 (im Folgenden BK-KRAMER), Art. 19-20 OR N 279 f. Als Bsp. für die Kritik der Literatur siehe SCHWENZER (FN 2), Rz 45.12 f.

46 So z.B. Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauchsverbot), die Behauptung, dass AGB nicht geeignet seien, dispositive Regelungen ausser Kraft zu setzen, Art. 19 Abs. 2 OR (öffentliche Ordnung) oder Art. 20 Abs. 1 OR (Sittenwidrigkeit). Weitere Hinweise siehe: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1149; TH. KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (FN 13), 58 ff.; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., Bern 2001, 83; BK-KRAMER (FN 45), Art. 19-20 OR N 291 ff.

47 Vgl. mit weiteren Hinweisen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1149.

48 Siehe dazu etwa TH. KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (FN 13), 49.

49 In BGE 109 II 452 E. 4 führte es noch aus, dass sich eine Stellungnahme zur Frage, ob und inwieweit der Richter eine Inhaltskontrolle von AGB vornehmen kann, erübrige. Auch in BGE 122 III 373 E. 4b geht das Gericht auf das Argument, dass allgemeine Bedingungen zur Benützung einer EC-Karte der öffentlichen Ordnung (Art. 19 Abs. 2 OR) widersprechen, materiell nicht ein,

Inhaltskontrolle von AGB Art. 8 UWG übrig. Nach dieser Norm handelt unlauter, wer vorformulierte Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei entweder von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung abweichen⁵⁰ (lit. a) oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen (lit. b). Doch leider bereitet das Heranziehen dieser Norm mehr neue Probleme, als sie alte bewältigt. So ist einerseits bis heute nicht restlos geklärt, welche Auswirkungen diese Bestimmung aus dem Wettbewerbsrecht auf die Vertragsgeltung der missbräuchlichen Geschäftsbedingungen hat⁵¹, und andererseits stellt das Kriterium „in irreführender Weise“ eine allzu hohe Schranke für eine angemessene Anwendung in der Praxis dar⁵².

2. Würdigung

Im internationalen Vergleich ist das System der AGB-Kontrolle in der Schweiz ausserordentlich unterentwickelt. Schon die Konturen der AGB-spezifischen Kontrollregeln – d.h. der Ungewöhnlichkeitsregel und der Unklarheitenregel – sind bis anhin relativ unscharf geblieben. Besonders problematisch ist aber vor allem das Fehlen einer eigentlichen AGB-Inhaltskontrolle. Wohl hat das Bundesgericht mit Hilfe der Ungewöhnlichkeitsregel im Ergebnis eine Art Inhaltskontrolle von krass einseitigen AGB eingeführt. Indessen erfolgt diese Kontrolle nur verdeckt, hat sich doch das Bundesgericht bisher noch nie ausdrücklich offen zu einer inhaltlichen Überprüfung fragwürdiger AGB-Klauseln bekannt. Nach wie vor siedelt es denn auch die *Ungewöhnlichkeitsregel nur auf der Ebene der Einbezugskontrolle an*. Art. 8 UWG, der als Generalklausel eine offene AGB-Inhaltskontrolle ermöglichen

erwähnt aber diese Möglichkeit, ohne sie grundsätzlich abzulehnen. Ob damit eine Änderung der Rechtsprechung eingeläutet wurde, bleibt abzuwarten.

50 In BGE 122 III 373 E. 3a verneinte es das Vorliegen einer Situation, welche das Gleichgewicht der gesetzlichen Ordnung im hier in Frage stehenden Sinne bezüglich Benützungs- und Haftungsbedingungen im Bereich des Checkrechtes verändere. Auf das Merkmal der Irreführung ging es dabei nicht ein.

51 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 16), Rz 1155 ff.
Immerhin wird man aus BGE 119 II 443 ff. wohl ableiten dürfen, dass das Bundesgericht Art. 8 UWG nicht bloss lauterkeitsrechtliche, sondern auch vertragsrechtliche Bedeutung zumisst.

52 TH. KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (FN 13), 60 f. m.w.H.; HONSELL (FN 46), 83; BK-KRAMER (FN 45), Art. 19-20 OR N 286 f.
Siehe zu Art. 8 UWG einlässlich auch etwa PETER C. MATT, Das Transparenzgebot in der deutschen AGB-Rechtsprechung: Ein Mittel zur Aktivierung von Art. 8 UWG?, Basel 1997 (zugleich Diss. Basel 1997).

würde, hat sich (jedenfalls bisher) aufgrund seines Ingresses als kaum wirksam erwiesen. Eine darüber hinaus gehende AGB-Inhaltskontrolle ist in der Rechtsprechung (noch) nicht auszumachen.

III. AGB-Kontrolle im Anwendungsbereich des CISG

Das CISG regelt ausschliesslich den Abschluss von Kaufverträgen, die in seinen sachlichen, örtlichen und zeitlichen Anwendungsbereich fallen, sowie die aus ihnen erwachsenden Rechte und Pflichten der Verkäufer und der Käufer⁵³. Zahlreiche weitere Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit einem internationalen Warenkaufvertrag stellen können, werden dagegen vom UN-Kaufrechtsübereinkommen nicht umfasst, so insbesondere etwa die Frage der *Gültigkeit des Vertrages oder einzelner Vertragsbestimmungen* oder die Gültigkeit von Handelsbräuchen⁵⁴. Fragen der Gültigkeit des Vertrages oder einzelner Vertragsbestimmungen sind nach dem vom IPR des Forums berufenen nationalen Recht zu beurteilen⁵⁵. Die Abgrenzung zwischen Fragen des Vertragsschlusses einerseits und Gültigkeitsfragen andererseits ist dabei nicht immer ganz einfach. Nach allgemein anerkannter Lehre regeln die Art. 14 ff. CISG den so genannten „äusseren Konsens“, d.h. die „Mechanik, nach der zwischen zwei oder mehr Parteien eine bindende, auf dem Parteiwillen beruhende Vereinbarung zustande kommt“⁵⁶, wohingegen unter Art. 4 Satz 2 lit. a CISG die materielle Gültigkeit des Vertragskonsenses (d.h. der „innere“ Konsens) im Sinne der Fehlerfreiheit der Willensbildung fallen soll⁵⁷.

Die für das CISG zentrale Unterscheidung zwischen Vertragsabschlussfragen und Gültigkeitsfragen führt im hier interessierenden Kontext zu einem grundlegenden Problem: Inwieweit stützt sich bei Verträgen im Anwendungsbereich des CISG die AGB-Kontrolle auf das international vereinheitlichte Kaufrecht bzw. inwieweit

53 Art. 4 Satz 1 CISG.

54 Art. 4 Satz 2 lit. a CISG.

55 STAUDINGER/MAGNUS (1999) (FN 14), Art. 4 CISG Rz 19; SCHLECHTRIEM/FERRARI (FN 14), Art. 4 CISG Rz 6; HEINRICH HONSELL, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin etc. 1997 (im Folgenden: HONSELL/BEARBEITER), hier spez. HONSELL/SIEHR, Art. 4 CISG Rz 1; KARL-HEINZ NEUMAYER/CATHERINE MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, Lausanne 1993, Art. 4 CISG Rz 1.

56 STAUDINGER/MAGNUS (1999) (FN 14), Art. 4 CISG Rz 13; vgl. auch SCHLECHTRIEM/FERRARI (FN 14), Art. 4 CISG Rz 9; SCHLECHTRIEM/SCHLECHTRIEM (FN 14), Vor Artt. 14-24 CISG Rz 1; SCHLECHTRIEM (FN 14), Rz 33.

57 STAUDINGER/MAGNUS (1999) (FN 14), Art. 4 CISG Rz 13; SCHLECHTRIEM (FN 14), Rz 34.

bleibt für die AGB-Kontrolle gestützt auf Art. 4 Satz 2 lit. a CISG Raum für die Anwendung nationalen Partikularrechts? Diese Frage soll im Folgenden für die vorstehend skizzierten Kontrollebenen getrennt untersucht werden.

1. Konsens- und Geltungskontrolle (1. Stufe)

Für Kaufverträge, die in den Anwendungsbereich des CISG fallen, regeln die Art. 14 ff. CISG den Vorgang des Abschlusses des Vertrages. Die Frage, ob AGB formell Bestandteile eines Kaufvertrages geworden sind, betrifft den Vertragsschlussvorgang und nicht die Gültigkeit des Vertrages im Sinne von Art. 4 Satz 2 lit. a CISG. Zwar enthalten die Art. 14 ff. CISG keine ausdrückliche Regelung über die Einbeziehung von AGB, doch lassen sich aus ihnen in Verbindung mit der allgemeinen Auslegungsregel von Art. 8 CISG ohne weiteres die Anforderungen an eine solche Einbeziehung entnehmen⁵⁸. Ein Rückgriff auf das vom IPR des Forums berufene nationale Recht ist daher insoweit ausgeschlossen; *nationale AGB-Einbezugs-Regelungen werden vom CISG verdrängt*⁵⁹. Auch der Rückgriff auf nationales Recht unter Anwendung von Art. 7 Abs. 2 CISG scheidet aus⁶⁰. AGB werden mithin insoweit unter der Herrschaft des UN-Kaufrechts grundsätzlich gleich behandelt wie individuell ausgehandelte Vertragsklauseln⁶¹.

Ob AGB formell wirksam in den Vertrag einbezogen worden sind, ist daher in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung der Bestimmung von Art. 8 CISG zu prüfen. Massgebend ist demnach, ob der Vertragspartner den Willen des Verwenders, AGB zum Vertragsbestandteil werden zu lassen, kannte oder hätte kennen sollen (Abs. 1) oder ob eine vernünftige Person in der gleichen Situation das Verhalten des Verwenders entsprechend aufgefasst hätte (Abs. 2)⁶². Der Verwender der

58 DRASCH (FN 14), 5 f.

59 SCHLECHTRIEM/FERRARI (FN 14), Art. 4 CISG Rz 21; SCHLECHTRIEM/SCHLECHTRIEM (FN 14), Vor Artt. 14-24 CISG Rz 1; STAUDINGER/MAGNUS (1999) (FN 14), Art. 14 CISG Rz 40; SCHLECHTRIEM (FN 14), Rz 58; HONSELL/SCHNYDER/STRAUB (FN 55), Art. 14 CISG Rz 55; HENNEMANN (FN 11), 61 ff.; vgl. als Bsp. aus der Rechtsprechung etwa das Urteil des deutschen BGH vom 31. Oktober 2001 (VIII ZR 60/01), E. III.1.

60 DRASCH (FN 14), 4.

61 Die so erreichte Gleichbehandlung von individuell abgeschlossenen Verträgen und solchen, welche unter Verwendung von AGB geschlossen werden, harmoniert auch mit Art. 11 CISG, welcher die Formfreiheit für Verträge im Anwendungsbereich des CISG als Prinzip stipuliert. Dieser Grundsatz darf selbstredend nicht durch besondere Regeln bezüglich einer Form – etwa hinsichtlich der Einbeziehung von AGB – wieder aufgehoben bzw. beschränkt werden (so auch DRASCH [FN 14], 5).

62 DRASCH (FN 14), 5; Urteil des deutschen BGH vom 31. Oktober 2001 (VIII ZR 60/01), E. III.2.

AGB hat somit den Vertragspartner in einer für Personen, die mit den Usanzen in dem betreffenden Geschäftsbereich ebenso vertraut sind wie die Vertragspartei, verständlichen Art und Weise von den AGB in Kenntnis zu setzen⁶³. Dies ist dann der Fall, wenn die AGB in einer dem Empfänger verständlichen Sprache, bzw. in einer Sprache, die dem Empfänger verständlich sein sollte, dem Angebot beigelegt sind und das Angebot deutlich auf ihre Geltung hinweist⁶⁴.

Bei internationalen Kaufverträgen spielt die Frage, in welcher Sprache die AGB verfasst sind, oft eine grosse Rolle⁶⁵. In Deutschland wird dazu etwa die These vertreten, eine Vertragspartei müsse sich den gesamten Inhalt von AGB entgegen halten lassen, die in der Verhandlungs- und Vertragssprache abgefasst sind⁶⁶. Habe jemand eine ihm fremde Sprache als Vertragssprache akzeptiert, so sei es ihm zuzumuten, sich vor Abschluss des Vertrages selbst die erforderliche Übersetzung zu beschaffen, andernfalls er den nicht zur Kenntnis genommenen Text der AGB gegen sich gelten lassen muss⁶⁷. Diese – durchaus einleuchtende – These ist indes- sen nur praktikabel, wenn sich im Einzelfall effektiv eine „Vertragssprache“ he- rauskristallisieren lässt. Dies dürfte in der Praxis allerdings oft Schwierigkeiten bereiten. Im Übrigen steht demjenigen, der fremdsprachige Vertragsklauseln un- terzeichnet hat, die er nicht oder nicht richtig versteht, gegebenenfalls die Möglich- keit der Irrtumsanfechtung nach dem kollisionsrechtlich massgebenden nationalen Recht offen⁶⁸.

-
- 63 DRASCH (FN 14), 6 m.w.H. Für dieselbe Art von Geschäften unter gleichen Vertragsparteien, welche unter ständiger Verwendung von AGB abgeschlossen werden, können sich aufgrund dieser Gewohnheit bezüglich Konsens- und Geltungskontrolle spezielle Regeln entwickeln (vgl. dazu DRASCH [FN 14], 14 ff.).
- 64 STAUDINGER/MAGNUS (1999) (FN 14), Art. 14 CISG Rz 41.
- 65 Vgl. dazu auch aus den UNIDROIT Principles Art. 2.20(2) („In determining whether a term is of such a (surprising) character regard shall be had to its content, *language* and presentation.“ [Ausdruck in der Klammer sowie Hervorhebung durch mich hinzugefügt]) und Art. 4.7 („Where a contract is drawn up in two or more language versions which are equally authoritative there is, in case of discrepancy between the versions, a preference for the interpretation according to a version in which the contract was originally drawn up.“).
- 66 BGHZ 87, 112; weitere Hinweise im Urteil des Landgerichts Heilbronn vom 15.09.1997 (3 KfH 653/93), E. 4. Vgl. auch SCHLECHTRIEM/JUNGE (FN 14), Art. 8 CISG Rz 4a; STAUDINGER/MAGNUS (1999) (FN 14), Art. 8 CISG Rz 28; HONSELL/MELIS (FN 55), Art. 8 CISG Rz 7; HENNEMANN (FN 11), 74 ff.
- 67 Dies entspricht einer Auffassung, die das Schweizerische Bundesgericht – für innerschweizerische Verhältnisse – bereits vor mehreren Jahrzehnten generell (also nicht im Zusammenhang mit AGB) vertreten hat (BGE 34 II 523 ff.). In diesem Fall ging es um die Unterzeichnung einer französischsprachigen Schuldübernahmeurkunde durch eine Frau, die im Privatbereich (also nicht kommerziell) handelte und kein Französisch verstand. Für den kaufmännischen Bereich lässt sich dieser Standpunkt auch heute noch vertreten, nicht mehr aber ohne weiteres für Konsumentenverträge (vor allem bei Verträgen im Fernabsatz) und für Verträge unter Privaten.
- 68 Vgl. zur Irrtumsanfechtung eines Vertrages, der in einer vom Erklärenden nicht beherrschten Sprache abgefasst ist, bereits den vorstehend zitierten BGE 34 II 523 ff.

Viele Einzelheiten zur Frage des gültigen Einbezugs von AGB in dem UN-Kaufrecht unterworfenen Verträgen sind noch offen. Vom CISG nicht speziell geregelt wird insbesondere die Problematik kollidierender AGB („battle of forms“)⁶⁹. Im Weiteren ist etwa umstritten, ob es genügt, dass bei Vertragsschluss unter Anwesenheit der Anbietende auf im Geschäftslokal ausliegende oder aushängende AGB hinweist⁷⁰. Ebenso, ob AGB, die bei Vertragsverhandlungen nur gezeigt, aber nicht ausgehändigt werden, wirksam einbezogen sind⁷¹. Es widerspräche jedenfalls der allgemeinen Kooperations- und Informationspflicht der Parteien, dem Vertragspartner eine Erkundigungsobliegenheit zu überbürden⁷². Bei der Präsentation von Standardbedingungen im Internet hängt die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme auch davon ab, ob der Kunde die Möglichkeit hat, diese ohne weiteres ausdrucken zu lassen und dann in Ruhe zu lesen⁷³. In all diesen Fällen ist es indessen unerheblich, ob der Gegner des Verwenders von den AGB tatsächlich Kenntnis genommen hat. Massgebend ist einzig die (zumutbare) Möglichkeit der Kenntnisnahme⁷⁴.

2. Auslegungskontrolle

Für die Beantwortung der Frage, ob sich die Auslegungskontrolle von AGB nach CISG oder nach nationalem Recht richtet, können dieselben Überlegungen wie zur Konsens- bzw. Geltungskontrolle angestellt werden. Auch hier steht nicht die Gültigkeit⁷⁵ der vertraglichen Vereinbarung zur Diskussion, sondern einzig die Interpretation der Erklärung des AGB-Verwenders. Dafür stellt wiederum Art. 8

69 Siehe dazu SCHLECHTRIEM/SCHLECHTRIEM (FN 14), Art. 19 CISG Rz 19 f.; STAUDINGER/MAGNUS (1999) (FN 14), Art. 19 CISG Rz 20 ff.; HONSELL/SCHNYDER/STRAUB (FN 55), Art. 19 CISG Rz 36 ff.; NEUMAYER/MING (FN 55), Art. 19 CISG Rz 6.

Art. 2.22 der Unidroit Principles enthält zur Battle-of-forms-Problematik folgende Lösung: „Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract“.

70 Bejahend STAUDINGER/MAGNUS (1999) (FN 14), Art. 14 CISG Rz 41; verneinend DRASCH (FN 14), 7.

71 Dagegen STAUDINGER/MAGNUS (1999) (FN 14), Art. 14 CISG Rz 41 m.w.H.

72 Urteil des deutschen BGH vom 31. Oktober 2001 (VIII ZR 60/01), E. III.2 f.; HENNEMANN (FN 11), 74.

73 SCHLECHTRIEM/SCHLECHTRIEM (FN 14), Art. 14 CISG Rz 16. Weitere Beispiele finden sich bei DRASCH (FN 14), 7 f.

74 DRASCH (FN 14), 8.

75 Welche sich nach Art. 4 Satz 2 lit. a CISG nicht nach den Regeln des Übereinkommens richtet.

CISG für Verträge, die in den Anwendungsbereich des CISG fallen, eigene Regeln auf⁷⁶. Ein Rückgriff auf das jeweilige nationale Recht ist damit auch hier ausgeschlossen⁷⁷.

Wie bereits bei der Konsens- bzw. Geltungskontrolle⁷⁸ wird auch für die Auslegung in erster Linie auf den übereinstimmenden realen Willen der Parteien und in zweiter Linie auf den objektiven Erklärungsgehalt, wie ihn eine sachkundige Gegenpartei in gleicher Lage hätte erkennen können, abgestellt⁷⁹. Massgebend sind dabei die Fähigkeiten und die Aufmerksamkeit eines verständigen Durchschnittsempfängers. Tauchen Unklarheiten auf, so sollen diese – zumindest nach einer in der Lehre vertretenen Auffassung – zu Lasten des Verwenders gehen⁸⁰. Damit würde auch im Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts für AGB der Grundsatz „in dubio contra stipulatorem“ gelten, allerdings nicht als Grundsatz eines nationalen (z.B. deutschen oder schweizerischen) Rechts, sondern in seiner Eigenschaft als internationales Einheitsrecht. Eine solche Anwendung der Unklarheitenregel auf internationale Warenkaufverträge wäre durchaus sachgerecht, findet doch diese Regel zunehmend internationale Anerkennung⁸¹.

3. Konsens- und Geltungskontrolle (2. Stufe; Ungewöhnlichkeitsregel)

Die von der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre entwickelte AGB-spezifische Ungewöhnlichkeitsregel ist – wie bereits erwähnt⁸² – keine helvetische Eigenheit. So wird etwa in § 305c Abs. 1 BGB in der seit 1.1.2002 geltenden Fassung⁸³ festgehalten, dass Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äusseren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil werden. Systematisch

76 SCHLECHTRIEM/JUNGE (FN 14), Art. 8 CISG Rz 1 ff.; HENNEMANN (FN 11), 93 ff.

77 STAUDINGER/MAGNUS (1999) (FN 14), Art. 14 CISG Rz 40 f.

78 Siehe oben, III.1.

79 Siehe dazu etwa SCHLECHTRIEM/JUNGE (FN 14), Art. 8 CISG Rz 2; ähnlich auch HONSELL/MELIS (FN 55), Art. 8 CISG Rz 4 ff.

80 NEUMAYER/MING (FN 55), Art. 8 CISG Rz 6 in fine; DRASCH (FN 14), 6, HENNEMANN (FN 11), 97/98; ähnlich auch SCHLECHTRIEM/JUNGE (FN 14), Art. 8 CISG Rz 8a (insbesondere Anm. 24).

81 Vgl. dazu etwa Art. 4.6 der Unidroit Principles (dazu schon vorn, FN 27).

82 Vgl. oben, II.1.c) (spez. FN 35).

83 Vormals § 3 AGBG.

gehört diese Norm an sich zur Ebene der Einbeziehungskontrolle⁸⁴ und nicht zur Inhaltskontrolle⁸⁵. In der deutschen Lehre ist denn auch anerkannt, dass inhaltlich anstössige Klauseln nicht überraschend und überraschende nicht inhaltlich anstössig zu sein brauchen⁸⁶. Dennoch hat sich die Abgrenzung zwischen überraschenden und inhaltlich unangemessenen AGB-Klauseln als schwierig erwiesen⁸⁷. In der deutschen Gerichtspraxis wurden offenbar überraschende AGB-Klauseln immer auch mit inhaltlichen Erwägungen überprüft. Die Rechtsprechung scheint in diesem Bereich – soweit ersichtlich durchaus im Einklang mit der Lehre – nicht scharf zwischen Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle abzugrenzen und im Zweifelsfall der eigentlichen Inhaltskontrolle den Vorzug zu geben⁸⁸.

Die skizzierte Unsicherheit über den Stellenwert der Ungewöhnlichkeitsregel hatte Reflexwirkungen auf die deutsche Literatur zum CISG. So vertreten SCHLECHTRIEM und MAGNUS die Auffassung, dass § 3 AGBG (heute § 305c Abs. 1 BGB) zur Inhaltskontrolle gehöre und daher funktional als Gültigkeitsnorm zu beurteilen sei⁸⁹, während etwa DRASCH der Meinung ist, Vorschriften über die Ungültigkeit überraschender Klauseln seien auf jeden Fall ein Element der Einbeziehungskontrolle⁹⁰. Diese Zuordnung ist für die Entscheidung, welches Regelsystem im Zusammenhang mit überraschenden Klauseln in AGB anzuwenden ist, von grosser Bedeutung. Folgt man nämlich der Meinung von DRASCH⁹¹, so führt dies dazu, dass für diesen Problemkreis ausschliesslich das CISG anwendbar ist. Ein Rückgriff auf das nationale Recht für die Beurteilung überraschender Klauseln wäre damit ausgeschlossen. Folgt man dagegen der Gegenansicht von SCHLECHTRIEM und MAGNUS, so beschlägt diese Problematik eine Frage des inneren Konsenses und damit der Gültigkeit des Vertrages. Diese richtet sich dann nicht nach den

84 MATT (FN 52), 21 ff.

So wohl auch STAUDINGER/SCHLOSSER (1998) (FN 3), § 3 AGBG Rz 1, der von der „Einbeziehungsgrenze“ überraschender Klauseln spricht.

85 Dies ergibt sich auch aus der Gesetzessystematik, wird doch die AGB-Inhaltskontrolle in den §§ 307 ff. BGB in der seit 1.1.2002 geltenden Fassung (vormals §§ 8 ff. AGBG) geregelt.

86 STAUDINGER/SCHLOSSER (1998) (FN 3), § 3 AGBG Rz 2.

87 Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, 3. Aufl., München 1993 (im Folgenden: MK-KÖTZ), hier spez. MK-KÖTZ, § 3 AGBG Rz 2.

88 Vgl. dazu STAUDINGER/SCHLOSSER (1998) (FN 3), § 3 AGBG Rz 2; MK-KÖTZ (FN 87), § 3 AGBG Rz 2.

89 SCHLECHTRIEM/SCHLECHTRIEM (FN 14), Vor Artt. 14 -24 Rz 9, STAUDINGER/MAGNUS (1999) (FN 14), Art. 4 CISG Rz 25, und STAUDINGER/MAGNUS (1999) (FN 14), Art. 14 CISG Rz 42.

90 DRASCH (FN 14), 6 und 11 ff.

91 DRASCH (FN 14), 6 und 11 ff.

Regeln des CISG, sondern gemäss Art. 4 Satz 2 lit. a CISG nach dem nationalen Recht, auf welches das IPR des Forums verweist.

Ob eine Rechtsfrage den vom CISG geregelten Bereich des äusseren Konsenses oder den dem nationalen Recht unterstellten Bereich des inneren Konsenses betrifft, ist nicht nach nationalem Recht, sondern autonom „aus dem Blickwinkel der Konvention“ zu beurteilen⁹². Daher wäre es an sich unerheblich, ob die Ungewöhnlichkeitsregel im nationalen Recht als Einbeziehungs- oder als Inhaltskontrollregel qualifiziert wird. Dies kann indessen jedenfalls dann nicht in dieser Schärfe gelten, wenn ein nationales Recht die Ungewöhnlichkeitsregel eindeutig dem Konsensbereich zuordnet, wie dies für das schweizerische Recht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (noch) der Fall ist⁹³. Denn es gibt keinen Grund, im Geltungsbereich des international vereinheitlichten Kaufrechts eine Regel des nationalen Rechts dem Gültigkeitsbereich zuzuweisen und insoweit das CISG auszuschalten, wenn das betroffene Partikularrecht selbst diese Regel gar nicht als Inhaltskontrollregel verstanden wissen will. Ob für nationale Rechtsordnungen, welche hinsichtlich der Ungewöhnlichkeitsregel nicht bzw. nicht mehr scharf zwischen Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle unterscheiden, anders zu urteilen ist, kann hier offen bleiben. Unter diesen Umständen ist die Ungewöhnlichkeitsregel des schweizerischen Rechts dem Bereich des äusseren Konsenses zuzuordnen. Zwar liesse sich auch die Auffassung vertreten, eine für den Gegner des Verwenders subjektiv und objektiv ungewöhnliche AGB-Klausel beschlage den inneren Konsens, fehle es doch an der Fehlerfreiheit der Willensbildung, wenn eine AGB-Klausel „überraschend“ sei. Dies ist indessen solange nicht überzeugend, als die Rechtsprechung in der Schweiz das Kriterium der Ungewöhnlichkeit nicht inhaltlich, d.h. im Sinne der „Angemessenheit“, beurteilt, sondern bloss formal unter dem Aspekt, ob der Vertragspartner des Verwenders mit einer bestimmten AGB-Klauseln rechnen musste.

Bei Kaufverträgen, die dem Anwendungsbereich des CISG unterliegen und bei denen gleichzeitig das Kollisionsrecht des Forums auf schweizerisches Recht verweist, wird daher die Ungewöhnlichkeitsregel des schweizerischen Rechts durch

92 STAUDINGER/MAGNUS (1999) (FN 14), Art. 4 CISG Rz 25; ebenso SCHLECHTRIEM/FERRARI (FN 14), Art. 4 CISG Rz 16.

93 BGE 109 II 452 ff. E. 4.
Auch die Unidroit Principles ordnen im Übrigen die Ungewöhnlichkeitsregel klar der Einbeziehungs- und nicht der Inhaltskontrolle zu, ist doch Art. 2.20 systematisch im „Chapter 2: Formation“ und nicht im „Chapter 3: Validity“ eingereiht (gl.M. PAOLO MICHELE PATOCCHI/XAVIER FAVRE-BULLE, *Les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Une Introduction, SJ 1998 569 ff., spez. 588).

das Einheitskaufrecht verdrängt. Dieses selbst kennt eine der schweizerischen Ungewöhnlichkeitsregel entsprechende Norm nicht. Dieser Umstand schliesst indessen nicht aus, bei dem CISG unterliegenden internationalen Kaufverträgen den Einbezug überraschender AGB-Klauseln nach ähnlichen Kriterien wie nach schweizerischem Recht zu prüfen. Denn im internationalen Handelsvertragsrecht scheint die Ungewöhnlichkeitsregel – allenfalls mit Nuancen – zunehmend anerkannt zu werden. Jedenfalls enthalten die UNIDROIT Principles, die bei der Beurteilung von grenzüberschreitenden kommerziellen Kaufverträgen gestützt auf Art. 7 CISG ergänzend zum UN-Kaufrecht herangezogen werden können⁹⁴, in Art. 2.20 ausdrücklich eine entsprechende Bestimmung⁹⁵.

4. Inhaltskontrolle

Einfacher lässt sich demgegenüber die Frage beantworten, nach welchem Recht sich bei internationalen Kaufverträgen eine AGB-Inhaltskontrolle richten soll. Nach allgemein anerkannter Ansicht gehört die Inhaltskontrolle von AGB (etwa im Sinne der §§ 307 ff. BGB in der seit 1.1.2002 geltenden Fassung⁹⁶) in den Bereich der Gültigkeit einzelner Vertragsbestimmungen und untersteht somit gemäss Art. 4 Satz 2 lit. a CISG dem durch das nationale IPR des Forums berufenen Recht⁹⁷. Dass hierbei die unterschiedlichen nationalen Konzeptionen der Inhaltskontrolle von Verträgen und der Grenzen der Vertragsfreiheit voll durchschlagen und somit auf

94 Siehe zum Verhältnis zwischen dem UN-Kaufrecht und den UNIDROIT Principles im Allgemeinen etwa SCHLECHTRIEM/FERRARI (FN 14), Art. 7 CISG Rz 59 ff.; A.S. HARTKAMP, The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: Comparability and Evaluation, Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration in Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou, Dordrecht/Boston/London 1994, 85 ff.; THOMAS PETZ, Die UNIDROIT Prinzipien für Internationale Handelsverträge, Wien 2001, 92 ff.; FABIAN BURKART, Interpretatives Zusammenwirken von CISG und UNIDROIT Principles, Diss. Basel 2000, Baden-Baden 2000.

95 Vgl. dazu vorn, FN 35.

96 Vormals §§ 8 ff. ABGB.

97 DRASCH (FN 14), 34; Urteil des Landgerichts Frankenthal vom 17.04.1997, 8 0 1995/95, 5; SCHLECHTRIEM/SCHLECHTRIEM (FN 14), Vor Artt. 14 -24 CISG, Rz 1; STAUDINGER/MAGNUS (1999) (FN 14), Art. 14 CISG Rz 42 m.w.H.; STAUDINGER/MAGNUS (1999) (FN 14), Art. 4 CISG Rz 20 und 25 m.w.H.; SCHLECHTRIEM/HUBER (FN 14), Art. 45 CISG, Rz 67 f. und 71; SCHLECHTRIEM/FERRARI (FN 14), Art. 4 CISG Rz 20; NEUMAYER/MING (FN 55), Art. 4 CISG Rz 5 Anm. 11 (unter Hinweis auf § 879 Abs. 3 des österreichischen ABGB); HENNEMANN (FN 11), 104 ff., mit ausführlicher Darstellung von Einzelfragen.

diesem wichtigen Gebiet keine Rechtsvereinheitlichung erreicht werden kann, ist nicht zu verhindern, höchstens zu bedauern⁹⁸.

Die verschiedenen nationalen Rechte stellen bei der inhaltlichen Kontrolle von AGB vielfach auf unbestimmte Rechtsbegriffe wie „angemessen“, „zumutbar“ und dergleichen mehr ab oder sie beurteilen die Zulässigkeit von AGB-Klauseln gar generell aufgrund eines Vergleichs mit dem dispositiven Recht. Wertungsmassstab für die Anwendung von derart wertoffenen Klauseln im Bereich der Inhaltskontrolle bilden dann immer die Regeln des CISG selber und nicht jene des nationalen Rechts, denn nur so kann das Ziel der Rechtsvereinheitlichung trotzdem – wenigstens partiell – erreicht werden⁹⁹. Ist eine Klausel im konkreten Fall inhaltlich unzulässig, so kommen an ihrer Stelle nicht etwa die nationalen gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung, sondern folgerichtig die massgebenden Normen des CISG. Falls das CISG keine entsprechende Regel kennt, ist die Frage unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze des CISG und nur hilfsweise nach dem durch das einschlägige Kollisionsrecht berufenen nationalen Recht zu entscheiden¹⁰⁰.

Verweist bei einem dem CISG unterliegenden internationalen Kaufvertrag das IPR des Forums auf das nationale schweizerische Recht, so ist somit die AGB-Inhaltskontrolle grundsätzlich nach diesem Recht durchzuführen.

IV. Fazit

Unterliegt ein internationaler Warenkaufvertrag dem UN-Kaufrecht, verweist aber das Kollisionsrecht des Forums gleichzeitig für die Beurteilung der von CISG nicht geregelten Rechtsfragen auf schweizerisches Recht, so richtet sich die gesamte AGB-Einbeziehungs- und AGB-Auslegungskontrolle nach dem international vereinheitlichten Recht. Sämtliche AGB-Sonderregeln des schweizerischen Rechts werden durch das CISG verdrängt. Einzig die AGB-Inhaltskontrolle kann aufgrund schweizerischen Rechts vorgenommen werden.

Im Vergleich zum europäischen Umfeld gerät die Schweiz dadurch – einmal mehr – in eine Sonderrolle. Da die meisten europäischen Länder mehr oder weniger

98 DRASCH (FN 14), 35.

99 DRASCH (FN 14), 36; SCHLECHTRIEM (FN 14), Rz 34; Urteil des Landgerichts Frankenthal (FN 97), 6; STAUDINGER/MAGNUS (1999) (FN 14), Art. 4 CISG Rz 26; SCHLECHTRIEM/HUBER (FN 14), Art. 45 CISG Rz 70 f.; SCHLECHTRIEM/FERRARI (FN 14), Art. 4 CISG Rz 20.

100 Art. 7 Abs. 2 CISG.

ausgebaute AGB-spezifische Inhaltskontrollregeln kennen, sind in allen Fällen, in denen das IPR des zuständigen Gerichts auf das Recht eines dieser Länder verweist, die Immissionen des nationalen Rechts auf dem UN-Kaufrecht unterliegende Verträge verhältnismässig gross. Die Schweiz aber kennt – wie dargelegt¹⁰¹ – (noch) keine nennenswerte AGB-Inhaltskontrolle, weshalb das schweizerische Recht – sollte es im Einzelfall gemäss Kollisionsrecht neben dem CISG anwendbar sein – praktisch keinen Einfluss auf einen internationalen Kaufvertrag nehmen kann, bei dem AGB eine Rolle spielen. Die schweizerische Rechtsordnung glänzt hier im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen durch ausgeprägte Abstinenz.

Nun mag man über den Wert oder Unwert einer spezifischen AGB-Inhaltskontrolle bei Verträgen im gewerblich-unternehmerischen Bereich grundsätzlich denken, wie man will. Es ist indessen nicht zu übersehen, dass das skizzierte Abseitsstehen des schweizerischen Rechts im hier interessierenden internationalen Umfeld ungünstige Auswirkungen haben kann. So liegt es auf der Hand, dass auf jeden Fall der Vertragspartner des AGB-Verwenders massiv benachteiligt wird, wenn neben dem Einheitskaufrecht zusätzlich schweizerisches Recht zur Anwendung kommt. Gleichzeitig wird dadurch für den Verwender ein (weiterer) Anreiz geschaffen, mithilfe einer – vielleicht sogar in AGB versteckten – Rechtswahlklausel schweizerisches Recht als massgebend zu bezeichnen (sofern nicht schon aufgrund einer objektiven Anknüpfung¹⁰² schweizerisches Recht anwendbar ist). Eine derartige „Flucht ins schweizerische Recht“ – die bei ausländischen Gerichten unter Umständen auf wenig Gegenliebe stossen dürfte¹⁰³ – kann indessen nicht im wohlverstandenen Interesse unseres Landes liegen (selbst wenn im Einzelfall eine schweizerische Unternehmung als AGB-Verwenderin vom Schutzdefizit des schweizerischen Rechts profitieren könnte). Denn eine solche Entwicklung könnte das Ansehen des schweizerischen Vertragsrechts international in Mitleidenschaft ziehen.

Abhilfe schaffen lässt sich hier nur, wenn die Schweiz ihr AGB-Inhaltskontrolldefizit beseitigt, sei es, dass der Gesetzgeber tätig wird (z.B. durch eine Revision von Art. 8 UWG oder durch den Erlass von AGB-spezifischen Sonderregeln), sei es, dass das Bundesgericht sich zu einer offenen AGB-Inhaltskontrolle durchringt. Was schon aus verbraucherrechtlicher Sicht längst fällig wäre, wird so auch aus

101 Vgl. II.1.d).

102 Vgl. dazu das Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche Sachen anzuwendende Recht (SR 0.221.211.4) sowie Art. 118 IPRG.

103 Weshalb es sich wohl – wenn schon – empfiehlt, die Rechtswahlklausel zusätzlich durch eine Gerichtsstandsklausel (mit der Wahl eines schweizerischen Forums) abzusichern.

unternehmensrechtlicher Optik wünschbar: Das Herausführen des schweizerischen Vertragsrechts aus der selbst verursachten AGB-rechtlichen Isolation.