

Thomas Pfeiffer

## Flucht ins schweizerische Recht?

### Zu den AGB-rechtlichen Folgen der Wahl schweizerischen Rechts

#### Inhaltsübersicht

- |  |   |
|--|---|
| I. Einleitung                                      |   |
| II. Gründe für die Wahl des schweizerischen Rechts |   |
| III. Das AGB-Recht der Schweiz                     |   |
| 1. Unlauterkeit im Sinne des § 8 schwUWG           |   |
| a) AGB-Begriff                                     |   |
| b) Zum inhaltlichen Maßstab                        |   |
| 2. Vertragsrechtliche AGB-Kontrolle                |   |
| a) Überblick                                       |   |
|  | b) Haftungsfreizeichnungsklauseln im Besonderen                     |
|  | IV. Internationalprivat- und verfahrensrechtliche Konsequenzen      |
|  | 1. Kollisionsrechtliche Wahl  |
|  | 2. Erfordernis einer Anpassungslösung bei der AGB-Inhaltskontrolle? |
|  | 3. Anwendung schweizerischen Rechts durch deutsche Gerichte         |
|  | V. Fazit  |

#### I. Einleitung

Als ein neuralgischer Punkt des deutschen Rechts gilt die im internationalen Vergleich weitreichende AGB-Kontrolle im Unternehmensverkehr. Ihre Effekte werden vor allem unter zwei Aspekten zum Teil kritisch betrachtet, nämlich erstens der Weite des deutschen AGB-Begriffs und zweitens wegen der geringen Unterschiede bei der AGB-Inhaltskontrolle zwischen B2B- und B2C-Verträgen. Namentlich die auch im Unternehmensverkehr recht rigide Einstellung gegenüber Haftungsfreizeichnungsklauseln wird als Nachteil empfunden. Der Jubilar hat dem freilich vor kurzem seine eigene, deutlich positivere Sicht des deutschen AGB-Rechts entgegengehalten<sup>1</sup>. Dieser Strang der Diskussion soll hier nicht weiter verfolgt werden.

Ein anderer Aspekt dieser Problematik besteht demgegenüber darin, dass als Ausweichlösung die Wahl des Rechts der Schweiz empfohlen wird<sup>2</sup>. Der nachfolgende Beitrag unternimmt es, einigen für die Wahl schweizerischen Rechts beachtlichen Maßgaben nachzugehen.

1 *Graf von Westphalen*, Wider einen Reformbedarf beim AGB-Recht im Unternehmensverkehr, NJW 2009, 41.

2 *Brachert/Dietzel*, Deutsche AGB-Rechtsprechung und Flucht ins Schweizer Recht, ZGS 2005, 441; vgl auch *Graf von Westphalen*, Die Nutzlosigkeit von Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln im kaufmännischen Verkehr, DB 1997, 1805.

## II. Gründe für die Wahl des schweizerischen Rechts

Für die Wahl des Rechts der Schweiz werden vor allem zwei Gründe mobilisiert. Einmal wird auf das Fehlen spezifisch AGB-rechtlicher Regelungen und Maßgaben im Vertragsrecht der Schweiz hingewiesen. Zum anderen sieht man die Nähe des schweizerischen Rechts zum deutschen als Vorteil. Ein Grundproblem jedweder Rechtsbeziehung, für die ein ausländisches Recht gilt, besteht allerdings bekanntlich im Informationsproblem und dem damit verbundenen Aufwand. Es ist, zumal im Streitfall, in der Regel weitaus aufwendiger, den Inhalt des fremden Rechts zu ermitteln. Der Informationsaufwand – und das heißt vor allem: die Kosten – sind höher.

Die Wahl des schweizerischen Rechts minimiert indessen einen etwaigen Zusatzaufwand auf zweierlei Weise. Erstens gehört die Schweiz zum deutschen Rechtskreis. Das schweizerische Zivilrecht ist dem deutschen ähnlich. Der Verfasser dieses Beitrags konnte im Rahmen seiner Tätigkeit als gerichtlich zur Ermittlung ausländischen Rechts (§ 293 ZPO) bestellter Sachverständiger häufig eine Parallelität beider Zivilrechtsordnungen feststellen. Das intuitive Verständnis, das deutsche Wirtschaftsteilnehmer in Bezug auf die nach deutschem Recht zu erwartenden Maßgaben meist oder doch oft haben, wird häufig auch im Hinblick auf das schweizerische Recht das Richtige treffen. Zudem ist das schweizerische Recht sprachlich (zumindest im Schriftdeutsch) überwiegend ohne große Probleme zugänglich; und ob man zu einer Rechtsfrage einen Anwalt in Köln oder in Zürich befragen muss, begründet ebenfalls keinen übermäßigen Unterschied. Und dass die Schweiz über eine hochentwickelte leistungsfähige Rechtsordnung verfügt, versteht sich von selbst<sup>3</sup>.

Eine gewisse Einschränkung ergibt sich aber doch aus der überschaubaren Größe der Schweiz. Die im Vergleich zu Deutschland geringere Bevölkerungszahl führt dazu, dass man in der Schweiz auf deutlich weniger Fragen als in Deutschland eine durch höchstrichterliche Rechtsprechung unterlegte Antwort finden wird. Eine verlässliche Klärung der Rechtslage in der Schweiz ist daher mitunter schlicht mangels Masse schwieriger als in Deutschland. So gilt beispielsweise die namentlich für den Unternehmensverkehr zentrale Problematik der Behandlung divergierender AGB als noch nicht abschließend geklärt<sup>4</sup>. Wiederum abgemildert wird dieser Effekt aber durch zweierlei Aspekte. Mitunter verweisen schweizerische Autoren, wenn es im eigenen Land keine anerkannte Lösung einer Frage gibt, auf die Praxis in Deutschland unter Einschluss der Rechtsprechung des BGH. Aus der Perspektive der deutschen Vertragspartei mag dies erneut als erfreulich gelten, trägt es doch zu einer noch größeren Ähnlichkeit beider Rechte bei. Zudem führt eine geringere Zahl von Streitfällen tendenziell wohl auch dazu, dass manche Frage möglicherweise erst gar nicht als Problem behandelt wird, bewirkt also möglicherweise eine

3 Für einen Überblick über das AGB-Recht der Schweiz etwa *Ramstein*, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz, RIW 1988, 440.

4 *Bucher* in *Basler Kommentar zum Obligationenrecht*, 4. Aufl. 2007, Art. 1 OR Rz. 66 ff.

wünschenswerte Vereinfachung des Rechts. Das kann insbesondere aus der Sicht des AGB-Verwenders ein Vorteil sein, weil er sich weitaus seltener entgegenhalten lassen muss, dass sich die Unwirksamkeit einer Klausel bereits aus einer bestimmten höchstrichterlichen Rechtsprechung ergebe. Gleichwohl geht der Eindruck des Verfassers insgesamt dahin, dass der große deutsche Fundus höchstrichterlicher Rechtsprechung mitunter ein Mehr an Rechtssicherheit bewirken kann.

### III. Das AGB-Recht der Schweiz

Im AGB-Recht verfügt auch die Schweiz über kodifiziertes Recht. Sedes materiae ist insoweit § 8 schwUWG, der es als unlauter definiert, wenn eine Partei in irreführender Weise entweder vertragszweckwidrige oder erheblich gesetzesfremde AGB verwendet<sup>5</sup>. Daneben können einzelne Generalklauseln des schwOR als Grundlage einer richterlichen AGB-Kontrolle herangezogen werden.

#### 1. Unlauterkeit im Sinne des § 8 schwUWG

§ 8 schwUWG enthält drei Voraussetzungen für eine wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit von AGB-Klauseln. Erstens muss es sich um vorformulierte Geschäftsbedingungen handeln. Zweitens muss die Klausel missbräuchlich sein, was sich entweder aus ihrer erheblichen Abweichung vom Gesetz (§ 8 Nr. 1 schwUWG) oder aus ihrer dem Vertragszweck erheblich widersprechenden Verteilung von Rechten und Pflichten ergeben kann. Während diese Formulierungen bei ihrer Schaffung im Jahre 1988 erkennbar durch den damaligen § 9 AGBG beeinflusst waren<sup>6</sup>, ist das schließlich zu prüfende Merkmal spezifisch lauterkeitsrechtlicher Rechtsnatur: Zum Dritten ist nämlich erforderlich, dass die AGB zur Irreführung geeignet sind.

##### a) AGB-Begriff

Inwieweit dem schweizerischen Recht ein engerer AGB-Begriff – und damit ein größerer Bereich kontrollfreier Vertragsbedingungen – zugrunde liegt als dem deutschen Recht, dürfte weithin offen sein. Eine Parallele besteht jedenfalls in folgenden Aspekten, wobei zwischen dem in § 8 schwUWG zugrunde

---

5 Art. 8 Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen.

Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei:

a. von der unmittelbar oder sinngemäß anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder  
b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.

6 *Burri/Küchler*, Die Behandlung missbräuchlicher AGB-Klauseln in der Schweiz und in der EU, Referat anlässlich des Blockseminars im Konsumentenrecht vom 5./6.6.1998 an der Universität Bern, <http://skripte.kuechler-law.ch/pdf/referatagb.pdf>, 6.10.2009, S. 8.

gelegten AGB-Begriff einerseits und demjenigen des Vertragsrechts nicht unterschieden wird<sup>7</sup>:

Entscheidendes Merkmal des AGB-Begriffs ist nach § 8 schwUWG die Vorformulierung. Es spielt keine Rolle, ob die AGB vom Verwender oder von einem Dritten stammen<sup>8</sup>. Unerheblich dürfte auch sein, ob die AGB ein gesondertes Dokument oder äußerlich einen Bestandteil der Vertragsurkunde bilden<sup>9</sup>. Soweit es allerdings um übliche notarielle Verträge oder etwa die INCOTERMS geht, wird der AGB-Charakter verneint<sup>10</sup>.

Wie im deutschen Recht erschließt sich der AGB-Begriff in vollem Umfang erst aus dem Gegenstück hierzu, der Individualvereinbarung. Dabei wird die Funktion dieses Terminus offenbar darin gesehen, die Anwendung AGB-rechtlicher Kontrolle in Fällen auszuschließen, in denen AGB zunächst vorlagen, dann aber durch individuelle Vereinbarung abgeändert wurden. Hier formuliert das Schweizer Bundesgericht, es sei entscheidend, ob es ohne Verhandlungen über den Vertragsinhalt im Wesentlichen bei der vom Urheber geschaffenen Fassung geblieben sei oder ob der Urheber mit dem Vertragspartner in einer Weise verhandelt hat, dass das Verhandlungsergebnis einem individuell ausgehandelten Einzelvertrag gleichgestellt werden kann. Dies kann namentlich bei individuell ausgefüllten Formularlücken zur Verneinung der AGB-Eigenschaft führen<sup>11</sup>.

Zwar wird in diesem Zusammenhang auch auf Parallelen zum deutschen Recht hingewiesen<sup>12</sup>, doch bleibt in der Akzentuierung ein Unterschied: Die deutsche Rechtsprechung betont stets, dass Aushandlung mehr sei als bloße Verhandlung, weil die Aushandlung verlange, dass der Verwender zu einer Abweichung vom gesetzefremden Kerngehalt seiner AGB-Klausel bereit sei. Die Fallgruppe einer Verhandlung, die in einer Weise geführt wird, dass sie einer Aushandlung gleichsteht, wird freilich auch im deutschen Recht erörtert<sup>13</sup>. Und richtigerweise sollte auch das deutsche Recht anerkennen, dass es derartige Verhandlungen gibt.

## b) Zum inhaltlichen Maßstab

Soweit es um eine Bewertung des § 3 schwUWG geht, werden drei Aspekte vorgebracht. Einmal wird auf die einschränkende Wirkung des Irreführungserfordernisses hingewiesen. Hierdurch werde der spezifisch AGB-rechtliche Maßstab der Vorschrift „verwässert“. Deshalb sei die Vorschrift auch praktisch weitgehend wirkungslos. Ferner wird auf die Schwierigkeiten bei der Konkre-

7 Vgl. *Ferrari Hofer/Vasella* in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 8 UWG Rz. 1.

8 *Kut/Schnyder* in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 1 OR Rz. 47.

9 *Kut/Schnyder* in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 1 OR Rz. 47.

10 *Bucher* in *BaslerKomm.*, Art. 1 OR Rz. 49 f.

11 BG, 28.11.2002, 4P.135/2002.

12 *Kut/Schnyder* in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 1 OR Rz. 47.

13 *Pfeiffer* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 305 BGB Rz. 39 a. E.; *Heinrichs* in *Palandt*, 68. Aufl. 2009, § 305 BGB Rz. 21 f.

tisierung hingewiesen, da der Gesetzgeber den Gerichten keine Klauselliste als Orientierungsmaßstab mitgegeben habe. Auch die Auslegung der Vorschrift in der Rechtsprechung bleibt, wohl notgedrungen, deutlich wertungs offen. So werden die Maßgaben zur Abweichung vom gesetzlichen Leitbild (nur) dahin konkretisiert, dass diese eine gewisse Intensität erreichen muss<sup>14</sup>. Schließlich sei nicht klar, wie zwischen dem Unternehmensverkehr und Verbrauchergeschäften zu unterscheiden sei<sup>15</sup>.

Gerade wegen des Irreführungserfordernisses gilt die praktische Bedeutung der Vorschrift somit als gering<sup>16</sup>. Die Irreführungsgefahr muss zudem nach der Vorschrift von der Klausel selbst ausgehen. Sie kann aus ihrem Wortlaut, ihrem Standort im Gesamttext oder aus ihrer graphischen Gestaltung herühren<sup>17</sup>.

## 2. Vertragsrechtliche AGB-Kontrolle

### a) Überblick

Als Ansatzpunkte für eine vertragsrechtliche AGB-Kontrolle dienen im Recht der Schweiz die Generalklauseln des Zivilrechts, wonach Vertragsklauseln namentlich im Falle der Gesetzeswidrigkeit, der Sittenwidrigkeit und des ordre public-Verstoßes unwirksam sind, Artt. 19 und 20 schwOR, 27 schwZGB<sup>18</sup>.

Daneben gelten richterrechtliche Regeln. Diese betreffen zuerst die Auslegung von AGB. Hierzu betont auch die schweizerische Rechtsprechung stets, dass

---

14 BG, 13.8.1991, BGE 117 II 332.

15 Zum Ganzen *Burri/Kuechler*, S. 9.

16 *Ferrari Hofer/Vasella* in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2007, Art. 8 UWG Rz. 1.

17 BG, 29.6.2000, 4P.52/2000.

18 Die Vorschriften lauten:

#### Art. 19 OR – E. Inhalt des Vertrages

##### I. Bestimmung des Inhaltes

(1) Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden.

(2) Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schließt.

#### Art. 20 OR – II. Nichtigkeit

(1) Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Betrifft aber der Mangel bloß einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.

#### Art. 27 ZGB – B. Schutz der Persönlichkeit

##### I. Vor übermäßiger Bindung

(1) Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten.

(2) Niemand kann sich seiner Freiheit entäußern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.

insoweit allgemeine vertragsrechtliche Grundsätze gelten, also primär der subjektiv übereinstimmende Parteiwille, hilfsweise eine objektive Auslegung nach dem in der Schweiz so genannten Vertrauensprinzip<sup>19</sup>, das der Kategorie des Empfängerhorizonts funktionell und inhaltlich weitgehend entspricht. Als Maßgabe mit besonderem Bezug zu AGB<sup>20</sup> ist zunächst die – praktisch universell bekannte – Unklarheitenregel zu nennen<sup>21</sup>. Ferner hat die Rechtsprechung eine „Ungewöhnlichkeitsregel“ entwickelt, die funktionell § 305c Abs. 1 BGB entspricht. Danach werden gegenüber unerfahrenen Geschäftspartnern alle ungewöhnlichen Klauseln von der Zustimmung des Vertragspartners zu den AGB ausgenommen, sofern nicht die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei auf deren Vorhandensein gesondert aufmerksam gemacht worden ist<sup>22</sup>. Dabei lehnt sich die Rechtsprechung an die Maßstäbe des § 8 schwUWG an. Deshalb sind zunächst Klauseln, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragsgefüges führen oder in erheblichem Maße von den maßgebenden Vorschriften des dispositiven Gesetzesrechts abweichen, als ungewöhnlich im Sinne dieser Rechtsprechung anzusehen. Im Einzelnen gilt ein beweglicher Maßstab. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie im diesem Sinne als ungewöhnlich anzusehen<sup>23</sup>. Im Regelfall scheint mit dem Merkmal „geschäftserfahren“ eine Beschränkung auf Nichtunternehmer einherzugehen; allerdings lässt sich auch eine Anwendung auf Unternehmer nachweisen<sup>24</sup>.

Eine oft im Blickpunkt des kautelarjuristischen Interesses stehende Problematik betrifft Haftungsfreizeichnungsklauseln. Deren Wirksamkeit ist im schweizerischen Recht eigenständig in Art. 100 schwOR geregelt<sup>25</sup>. Hinzu treten andere Einzelschriften, etwa der Ausschluss eines Ersatzanspruchs des Vermieters bei vorzeitiger Mieterkündigung im Falle des Mietvertrags über bewegliche Sachen<sup>26</sup>.

19 Etwa BG, 26.5.2004, 4C.302/2003.

20 Vgl. zu diesem Gesichtspunkt BG, 3.5.2005, 5P.8/2005.

21 BG, 7.3.1996, 122 III 118, BG, 7.10.1997, 124 III 155; BG, 2.10.2000 4C.176/2000; BG, 23.1.2006, 132 III 264.

22 Z. B. BG, 7.1.2004, 7B.249/2003; BG, 28.10.2008, 135 III 1; BG 28.1.2009, BGE 135 III 225, 227 f.

23 BG, 28.10.2008, 135 III 1; BG 28.1.2009, BGE 135 III 225, 227 f.

24 BG, 13.5.2005, 5P.115/2005.

25 Die Vorschrift lautet:

Art. 100 – 2. Wegbedingung der Haftung

(1) Eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, ist nichtig.

(2) Auch ein zum voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden kann nach Ermessen des Richters als nichtig betrachtet werden, wenn der Verzichtende zur Zeit seiner Erklärung im Dienst des anderen Teiles stand, oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt.

(3) Vorbehalten bleiben die besonderen Vorschriften über den Versicherungsvertrag.

26 BG, 18.12.2008, 4A 404/2008.

Außerhalb derartiger Besonderheiten lehnt die schweizerische Rechtsprechung eine offene richterliche AGB-Inhaltskontrolle grundsätzlich ab<sup>27</sup>. Allerdings findet eine Inhaltskontrolle doch häufig verdeckt, sei es im Gewand der Auslegung, der Ungewöhnlichkeitsregel oder einer Ausübungskontrolle, statt.

Das Fallmaterial in Bezug auf die betroffenen Klauseltypen erscheint aus deutscher Perspektive begrenzt. Eine Ausnahme bilden aber etwa Gerichtsstandsvereinbarungen, bei denen sich, außerhalb des Unternehmensverkehrs<sup>28</sup>, auch aufgrund des schweizerischen Gerichtsstandsgesetzes eine eher restriktive Kontrollpraxis entwickelt hat<sup>29</sup>. Im Übrigen ist zwischen einer Ausübungskontrolle und einer Inhaltskontrolle zu unterscheiden. Genehmigungsfiktionen sind z. B. im Massengeschäft zulässig, unterliegen allerdings im Missbrauchsfalle einer Ausübungskontrolle<sup>30</sup>. Eine Inhaltskontrolle hingegen setzt eine erhebliche Abweichung vom gesetzlichen Leitbild oder eine Verschiebung des Vertragsgefüges voraus. So wurde etwa eine Prämienanpassungsklausel bei einer Versicherung ohne Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers für unwirksam gehalten<sup>31</sup>.

Bemerkenswert erscheint auch eine gewisse Annäherung der Rechtsfolgenseite an eine echte AGB-rechtliche Inhaltskontrolle: Inwieweit im Falle der Treuwidrigkeit einer AGB-Klausel eine geltungserhaltende Reduktion einer Klausel möglich ist, war in der Schweiz lange umstritten. Die Rechtsprechung hat kürzlich im Rahmen einer beweglichen Handhabung eine mittlere Linie verfolgt. Grundsätzlich wird eine geltungserhaltene Reduktion für möglich gehalten; beruht aber die Unwirksamkeit einer Formulklausel auf der erheblichen Abweichung einer Formulklausel von einer Vorschrift zum Schutz einer schwächeren Vertragspartei, so wäre eine geltungserhaltende Reduktion regelmäßig mit dem betreffenden Schutzzweck nicht vereinbar<sup>32</sup>. Namentlich bei Haftungsfreizeichnungsklauseln geht das schweizerische Recht jedoch davon aus, dass eine Unwirksamkeit nur insoweit eintritt als die Klausel das erlaubte Maß der Freizeichnung übersteigt<sup>33</sup>.

## b) Haftungsfreizeichnungsklauseln im Besonderen

Nach der gesetzlichen Ausgangslage ist die Haftungsfreizeichnung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit stets unwirksam, ohne dass zwischen Individualvereinbarung und AGB unterschieden würde (Art. 100 Abs. 1 schwOR)<sup>34</sup>. Über die Wirksamkeit der Haftungsfreizeichnung für leichte Fahrlässigkeit ist gemäß Art. 100 Abs. 2 schwOR nach richterlichem Ermessen zu entscheiden, allerdings nur, soweit es um die Freizeichnung des Arbeitgebers im Rahmen von

---

27 BG, 7.11.2007, B 160/06.

28 BG, 23.11.2005, 4C.292/2005.

29 *Bucher* in *BaslerKomm.*, Art. 1 OR Rz. 62.

30 BG, 1.7.2002, 4C.81/2002.

31 BG, 28.10.2008, 4A\_299/2008.

32 BG, 18.12.2008, 4A 404/2008.

33 *Wiegand* in *BaslerKomm.*, Art. 100 OR Rz. 4.

34 Oben Fn. 25.

Arbeitsverträgen und um die Haftung des Inhabers eines behördlich konzessionierten Betriebs geht. Abzuwägen sind, namentlich bei AGB, vor allem das Schutzbedürfnis des Kunden einerseits und das Bedürfnis, sich von nicht steuerbaren Risiken andererseits freizuzeichnen<sup>35</sup>.

Zu lesen ist die Vorschrift zudem zusammen mit der kaufrechtlichen Vorschrift des Art. 199 schwOR. Nach Art. 199 schwOR ist die Abbedingung der kaufrechtlichen Gewährleistungspflicht im Falle der Arglist unwirksam<sup>36</sup>. Das unterscheidet sich dem Beurteilungsmaßstab nach von Art. 100 schwOR, so dass sich die Frage nach dem Verhältnis der beiden Vorschriften im Falle eines gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzanspruchs stellt. Die Antwort hierauf ist streitig. Während zum Teil eine parallele Geltung beider Vorschriften befürwortet wird, scheint die Praxis nach wie vor eher von einer Spezialität des Art. 199 schwOR auszugehen<sup>37</sup>. Legt man dies zugrunde, so würde sich in der Tat vom Standpunkt eines Verkäufers, der zugleich Hersteller der Sache ist, und den daher im deutschen Recht im Rahmen des Konzepts der Kardinalpflichten die volle und nicht durch AGB abdingbare Wucht des Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 ff., 437 Nr. 3 BGB trifft, eine Flucht ins schweizerische Recht lohnen. Vorsicht ist freilich geboten, denn abschließend klar ist das nicht<sup>38</sup>.

Selbst wenn allerdings der Maßstab des Art. 100 schwOR auch insoweit gelten sollte, gehen allerdings die Freizeichnungsmöglichkeiten des schweizerischen Rechts weiter als diejenigen des deutschen, weil im schweizerischen Recht für den Lieferanten im Unternehmensverkehr wohl auf jeden Fall die Möglichkeit der Haftungsbegrenzung auf grobes Verschulden besteht. Eine weitere praktisch höchst bedeutsame Auflockerung bewirkt zudem Art. 101 OR, wonach für die Freizeichnung von der Haftung für Hilfspersonen ein nochmals großzügigerer Maßstab gilt<sup>39</sup>.

35 BG, 18.11.1986, BGE 112 II 450; BG, 1.7.2002, 4C.81/2002.

36 Die Vorschrift lautet:

Art. 199 – 2. Wegbedingung

Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat.

37 Darstellung des Meinungsstandes bei *Müller-Chen*, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 199 OR Rz. 11; *Furrer/Wey*, ebenda, Art. 100 Rz. 11. Das Bundesgericht hat 199 angewandt, ohne Art. 100 OR auszuschließen, BG 9.11.1965, BGE 91 II 344.

38 *Wiegand* in BaslerKomm., Art. 100 OR Rz. 3; offenlassend BG, 2.6.1981, BGE 107 II 161, 166.

39 Die Vorschrift lautet:

Art. 101 – 3. Haftung für Hilfspersonen

(1) Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer vornehmen lässt, hat dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht.

(2) Diese Haftung kann durch eine zum voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben werden.

(3) Steht aber der Verzichtende im Dienst des andern oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes, so darf die Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden.

Anders sieht es möglicherweise bei bestimmten Vertragstypen aus. Hier kann nicht nur die Sonderregel des Art. 199 schwOR nicht greifen. Vielmehr ist die Rechtslage auch sonst nicht ganz geklärt. Inwieweit ein Verbot der Freizeichnung von nicht grober, also leichter bis mittlerer Fahrlässigkeit gilt, ist nämlich umstritten. Zum Teil wird hier Unzulässigkeit in bestimmten Fällen aufgrund der als Leistung geschuldeten Sorgfalt bejaht, was namentlich für Dienstleistungen vertreten wird<sup>40</sup>. Auf der anderen Seite wird auch hier auf den Maßstab des Art. 100 Abs. 1 schwOR abgestellt<sup>41</sup>. Diese Fragen wird man als nicht abschließend geklärt ansehen müssen.

Als weiterer Fall einer unzulässigen Freizeichnung wird im schweizerischen Recht diejenige einer Verursachung von Körperschäden genannt<sup>42</sup>. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass diese Ansicht bereits durch höchstrichterliche Rechtsprechung abgesichert wäre.

Insgesamt kann man sich bei der Lektüre der bundesgerichtlichen Rechtsprechung des Eindrucks eines im Vergleich zum deutschen Recht größeren Pragmatismus nicht erwehren. Wenn die Rechtsprechung wirklichen Bedarf für eine Haftung sieht, findet sie, sei es über die Einordnung eines Verhaltens als grob fahrlässig, sei es aufgrund einer AGB-rechtlichen Wertung, einen Weg, bei insgesamt weniger scharfen dogmatischen Konturen die Haftung des Schädigers zu bejahen; ansonsten werden Freizeichnungen großzügiger als in Deutschland akzeptiert.

## IV. Internationalprivat- und verfahrensrechtliche Konsequenzen

### 1. Kollisionsrechtliche Wahl

Die kollisionsrechtliche Wahl des schweizerischen Rechts bereitet bei internationalen Sachverhalten an sich keine besonderen Schwierigkeiten. Die Rechtswahl setzt insbesondere nicht voraus, dass das gewählte Recht eine Beziehung zum Sachverhalt aufweist. Sowohl nach deutschem als auch nach zukünftigem europäischem Kollisionsrecht kann ein neutrales Recht gewählt werden. Problematisch sind zwei Fälle, nämlich die Rechtswahl durch AGB und die Aufnahme der Rechtswahl in ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben. In der typischen Situation einer „Flucht“ ins schweizerische Recht wird dessen Wahl mit einer Prorogation der Zuständigkeit deutscher Gerichte (was zur Geltung des deutschen IPR führt) oder mit einer Schiedsvereinbarung verbunden sein (was dann zu, je nach Schiedsort und vereinbarter Institution, unterschiedlichen Rechtsanwendungsregeln führt, die hier nicht vollständig abgehandelt werden können).

Beschränkt man die Perspektive auf das deutsche IPR, so ist zwischen der internationalprivatrechtlichen Zulässigkeit der Rechtswahl und ihrem Zu-

---

40 *Wiegand* in BaslerKomm., Art. 100 OR Rz. 6.

41 Offenlassend BG, 7.10.1997, BGE 124 III 155; von Art. 100 schwOR ausgehend BG, 27.11.1962, BGE 88 II 430, 434 f.

42 *Wiegand* in BaslerKomm. Art. 100 OR Rz. 4.

standekommen zu unterscheiden. Das bedeutet zunächst, dass eine echte kollisionsrechtliche Rechtswahl mit der Folge der Unanwendbarkeit des AGB-Rechts im Unternehmensverkehr nur bei Fällen mit Auslandsbezug in Betracht kommt (Art. 27 Abs. 3 EGBGB, Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO). Besondere kollisionsrechtliche Voraussetzungen der Rechtswahl durch AGB bestehen alsdann nach wohl überwiegender Auffassung im Grundsatz nicht<sup>43</sup>. Jedoch verlangen Art. 27 Abs. 1 EGBGB oder Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO einen realen Parteiwillen, der zum Teil als Ansatzpunkt für eine Überraschkungskontrolle herangezogen wird<sup>44</sup>.

Allerdings stehen sowohl das deutsche wie das schweizerische IPR auf dem Standpunkt, dass sich das Zustandekommen der Rechtswahl im Übrigen nach dem gewählten Recht bestimmt (Artt. 27 Abs. 4, 31 Abs. 1 EGBGB; zukünftig Artt. 3 Abs. 5, 10 Abs. 1 Rom I-VO; Art. 116 Abs. 2 Satz 2 schwIPRG)<sup>45</sup>. Bei der Wahl schweizerischen Rechts wird also die Ungewöhnlichkeitsregel des schweizerischen AGB-Rechts auch für die Rechtswahlklausel selbst mitgewählt. Mithin kommt es darauf an, ob man die in AGB aufgenommene Wahl eines mit dem Vertrag in keinerlei Beziehung stehenden neutralen Rechts als ungewöhnlich im Sinne der dargestellten Grundsätze des schweizerischen Rechts ansieht<sup>46</sup>. Ferner ist, auch im Unternehmensverkehr, die mögliche Veto-Position des heimatlichen Umweltrechts des Vertragspartners nach Art. 31 Abs. 2 EGBGB (künftig Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO) zu bedenken, weil diese Vorschriften auch für die Problematik der Zustimmung zu AGB gelten<sup>47</sup>. Aus kautelarjuristischer Perspektive ist es deshalb allemal vorzugswürdig die Rechtswahlvereinbarung individualvertraglich zu treffen.

43 Pfeiffer, Handbuch der Handelsgeschäfte, 1999, § 21, Rz. 74.

44 Vgl. *Hau* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, IntGV Rz. 24.

45 Diese Vorschrift lautet:

Art. 116 – II. Anwendbares Recht

1. Im Allgemeinen

a. Rechtswahl

1 Der Vertrag untersteht dem von den Parteien gewählten Recht.

2 Die Rechtswahl muss ausdrücklich sein oder sich eindeutig aus dem Vertrag oder aus den Umständen ergeben. Im Übrigen untersteht sie dem gewählten Recht.

3 Die Rechtswahl kann jederzeit getroffen oder geändert werden. Wird sie nach Vertragsabschluss getroffen oder geändert, so wirkt sie auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück. Die Rechte Dritter sind vorbehalten.

46 In Deutschland jedenfalls gilt die in AGB erfolgende Wahl eines mit dem Vertrag in keiner Beziehung stehenden Rechts als überraschend im Sinne des § 305c BGB. Hierauf muss also zumindest besonders hingewiesen werden, s. dazu etwa Pfeiffer, Handbuch der Handelsgeschäfte, § 21, Rz. 81.

47 Thorn in Palandt, BGB, 68. Aufl. 2009, Art. 31 EGBGB Rz. 5; Spellenberg in MünchKomm.BGB, Band 10, 4. Aufl. 2006, Art. 31 EGBGB Rz. 24; *Hau* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, IntGV Rz. 23. Diese Vetoposition ist im IPR der Schweiz sogar durch Art. 123 IPRG noch stärker ausgestaltet. Die Vorschrift lautet:

Art. 123 – 3. Gemeinsame Bestimmungen

a. Schweigen auf einen Antrag

Schweigt eine Partei auf einen Antrag zum Abschluss eines Vertrages, so kann sie sich für die Wirkungen des Schweigens auf das Recht des Staates berufen, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Ähnlich sieht die Rechtslage in Bezug auf eine Rechtswahl aus, die im Rahmen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens erfolgt. Maßgebend für die Wirkungen einer solchen Rechtswahl, auch in einem Bestätigungsschreiben, ist, wie gesagt, das gewählte Recht, ggf. also erneut das Recht der Schweiz. Auch das schweizerische Recht kennt nun allerdings ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben mit konstitutiver Wirkung, die allerdings dogmatisch anders als in Deutschland konzipiert wird: Nach schweizerischem Recht beruht die konstitutive Wirkung des Bestätigungsschreibens auf der Annahme eines stillschweigenden Vertragsschlusses. Das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben wird unter Voraussetzungen, die denjenigen der deutschen Praxis ähnlich sind, als Zustimmung zu dem nach Maßgabe des Bestätigungsschreibens geänderten Vertrag angesehen<sup>48</sup>.

Die Vetoposition des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts nach Maßgabe des Art. 31. Abs. 2 EGBGB (Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO) wird dadurch freilich zu einem weitaus komplexeren Problem. Im Rahmen der Abwägung nach Art. 31 Abs. 2 EGBGB (Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO) wird regelmäßig darauf abgestellt, ob der fragliche ausländische Vertragspartner mit einer Zustimmungswirkung seines Schweigens nach der prorogierten Rechtsordnung rechnen musste: Ohne dass Art. 31 Abs. 2 EGBGB hier voll entfaltet werden müsste, kommt es (übrigens nicht nur, aber jedenfalls zunächst im Rahmen der Rechtswahl) darauf an, inwieweit vom Geschäftspartner nach Zuschnitt, Größe, Geschäftserfahrung oder aufgrund einer laufenden Geschäftsbeziehung Kenntnis der Bedeutung des Schweigens im Recht der Schweiz erwartet werden kann. Der insoweit zu erwartende Kenntnisstand kann sich durchaus unterscheiden, je nachdem ob durch Bestätigungsschreiben deutsches oder schweizerisches Recht gewählt werden soll. Auch aus diesem Grund ist eine individuelle Vereinbarung des anwendbaren Rechts gegenüber einer Einbringung durch Bestätigungsschreiben erneut vorzugswürdig.

## 2. Erfordernis einer Anpassungslösung bei der AGB-Inhaltskontrolle?

Anlass für weitere kollisionsrechtliche Überlegungen ist der Umstand, dass die gesetzlichen Regeln des AGB-Rechts in der Schweiz Bestandteil des dortigen Wettbewerbsrechts sind.

Geht man vom bloßen Gesetzeswortlaut in Deutschland und in der Schweiz aus, so ist mit Blick auf die AGB-Inhaltskontrolle die Frage nach dem Eingreifen des AGB-rechtlichen Instituts der Anpassung unter dem Gesichtspunkt des sogenannten Normenmangels zu erwägen: In Deutschland ist das AGB-Recht nach den §§ 305 ff. BGB vertragsrechtlich konzipiert, § 8 schwUWG sieht eine wettbewerbsrechtliche Lösung vor. Vereinbaren die Parteien für Transaktionen, die auf dem deutschen Markt angebahnt werden, die Geltung schweizerischen Rechts, so führt dies zur Anwendbarkeit schweizerischen Vertragsrechts bei Geltung deutschen Wettbewerbsrechts nach Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO. Anwendbar sind dann weder die AGB-rechtlichen Vorschriften des deutschen

---

48 BG, 27.10.1988, BGE 114 II 250.

Vertragsrechts noch diejenigen des schweizerischen Wettbewerbsrechts. Nichts anderes gilt bei Anbahnung der Transaktion auf einem Markt, dessen Recht ebenfalls nicht dem schweizerischen Modell einer wettbewerbsrechtlichen Lösung folgt.

Kollisionsrechtlich gesehen stellt sich die Frage, ob hier ein Normenmangel gegeben ist, der nach allgemeinen Grundsätzen des Internationalen Privatrechts eine Anpassungslösung erfordert. Eine Anpassungslösung wegen Normenmangels ist stets dann zu erwägen, wenn ein Rechtsverhältnis mit zwei (oder mehr) Rechtsordnungen verknüpft ist, die für dieses Rechtsverhältnis eine bestimmte rechtliche Regelung vorsehen, die aber nicht zum Tragen kommen, etwa weil die Lösung in den betreffenden Rechtsordnungen unterschiedlich qualifiziert wird<sup>49</sup>. Ein solcher Fall kommt hier wegen der wettbewerbsrechtlichen Qualifikation durch das schweizerische Recht einerseits und die vertragsrechtliche Qualifikation durch das deutsche Recht andererseits in Betracht. Ginge man allein hiervon aus, so wäre zur Vermeidung in der angesprochenen Konstellation eines Normenmangels infolge der Maßgeblichkeit schweizerischen Vertragsrechts bei Anwendung deutschen Wettbewerbsrechts im Rahmen einer sachrechtlichen Anpassung zu erwägen, die Wirksamkeit der AGB bei Geltung schweizerischen Rechts nach dem Maßstab des dortigen § 8 schwUWG zu beurteilen.

In der vorliegenden Konstellation lässt sich ein Normenmangel indessen für das einzelne vertragliche Rechtsverhältnis nicht feststellen. Das schweizerische Vertragsrecht enthält zwar keine ausdrückliche spezifisch AGB-rechtliche Vorschrift, enthält aber mit den dargestellten Regelungen des Art. 100 schwOR und den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen sehr wohl AGB-rechtliche Regeln. Die Verweisung auf das Vertragsrecht der Schweiz geht also unter AGB-rechtlichem Blickwinkel keineswegs ins Leere. Ein Fall des Normenmangels liegt damit nicht vor.

Das gilt zunächst für den vertraglichen Individualprozess. Für die Verbandsklage gelten kollisionsrechtlich von vornherein andere Maßgaben. Hier stellt sich die Frage des Normenmangels nicht in gleicher Weise, weil es ohnehin die Frage ist, inwieweit eine nach einem ausländischen Recht begründete Verbandsklagebefugnis als Grundlage einer Klage im Inland herangezogen werden kann. Dieser Sonderproblematik ist hier allerdings nicht weiter nachzugehen.

### 3. Anwendung schweizerischen Rechts durch deutsche Gerichte

Soweit die Maßgaben des schweizerischen Rechts nach der obigen Darstellung klar sind, dürfte ihre Anwendung durch deutsche Gerichte überwiegend keine Schwierigkeiten bereiten. So erscheint insbesondere aus der Perspektive industrieller Lieferanten im Rahmen von Werklieferungs- und Kaufverträgen klar, dass – anders als im deutschen Recht – zumindest eine Beschränkung der

<sup>49</sup> von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 2003, S. 706 ff.; Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, S. 234 ff.

Haftung auf Fälle des groben Verschuldens durch AGB zulässig ist. Demgegenüber ergeben sich aus der hier nur skizzierten Rechtslage Schwierigkeiten, soweit es um die angesprochenen offenen Fragen geht, nämlich einmal die nur zum Teil durch Rechtsprechung unterlegten Maßgaben zur richterlichen Ungewöhnlichkeits- und Inhaltskontrolle, zum anderen das unklare Verhältnis zwischen Art. 100 schwOR und Art. 199 schwOR. Hier gelten die im Kollisionsrecht entwickelten Maßgaben zum Umgang mit einem in Entwicklung befindlichen Recht. Das Gericht muss versuchen, die Perspektive des ausländischen Richters bis hin zur Rechtsfortbildung einzunehmen.

Das bedeutet zuerst, dass ein deutsches Gericht die Perspektive des schweizerischen Rechts einnehmen muss, wonach nur im Falle einer nach dem Kriterium des Geschäftserfahrung schutzbedürftigen Partei und nur bei ungewöhnlichen, das Vertragsgefüge spürbar verschiebenden Klauseln, ein fehlender Vertragskonsens anzunehmen ist. Gefordert ist im Vergleich zum deutschen Recht eine weniger dogmatische und detailorientierte Betrachtung von AGB-Klauseln, die aber im Falle klar inakzeptabler Gestaltung doch eine richterliche Schranke setzt.

Mit dieser Perspektive sind alsdann etwaige AGB-Klauseln auf ihre Ungewöhnlichkeit hin zu überprüfen. Das gilt auch für Klauseln, zu denen noch keine schweizerische Rechtsprechung vorliegt.

## V. Fazit

Die Flucht ins Recht der Schweiz ist nach alledem ein möglicher, aber keineswegs in allen Teilen problemfreier Weg zu einer großzügigeren AGB-rechtlichen Handhabung. Sie bietet insbesondere bei Lieferverträgen immerhin eine gut abgesicherte Möglichkeit, jedenfalls die Haftung für leichte Fahrlässigkeit auszuschließen, führt jedoch auch zur Geltung einer weniger durchdrungenen Rechtsordnung.

Freilich führt sie nicht dazu, dass die Bäume der AGB-rechtlichen Gestaltungsfreiheit unbegrenzt in den Himmel wachsen. So ist etwa bei den Freizeichnungsklauseln auf die Problematik von Körperschäden, aber auch an die sonst in der Schweiz anerkannten Grenzen einer zulässigen Gestaltung zu erinnern. Über das AGB-Recht hinaus, müssen jedenfalls auch andere Rechtsbereiche zuvor geprüft werden. Wie jede Rechtswahlentscheidung will auch die Wahl schweizerischen Rechts sorgfältig erwogen sein, so dass sich jede Pauschalbeurteilung oder gar -empfehlung verbietet.

Auf einer anderen Seite steht der rechtspolitische Vergleich. Die rechtspolitische Diskussion wird im Zivilrecht des deutschsprachigen Rechtsraums traditionell erfreulicherweise auch, in alle Richtungen, über die Grenzen hinweg geführt. Es bleibt also abzuwarten, ob die Entwicklung eher zu einer Übernahme schweizerischer Erwägungen in Deutschland oder zum umgekehrten Effekt führen.