

RECHT

# Wirksame Übernahme von AGB in den Vertrag

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind ein effizientes Mittel zur Rationalisierung von Geschäftsabschlüssen. Um Geltung zu erlangen, müssen sie jedoch von den Vertragsparteien wirksam in den Vertrag einbezogen werden.

AUTORIN SONJA STARK-TRABER

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbestimmungen, die eine Vertragspartei (der Verwender) der anderen Vertragspartei (dem Kunden) bei Vertragsabschluss unterbreitet. Die Verwendung von AGB hat einen Rationalisierungseffekt, indem nicht jeder Vertrag einzeln ausgehandelt werden muss.

AGB sind keine Rechtsnormen, sondern sie haben nur Geltung zwischen den Parteien, wenn sie im Einzelfall vertraglich übernommen werden. Damit diese Übernahme wirksam erfolgt, sind in der Praxis einige Voraussetzungen zu beachten.

## Ausdrückliche oder konkludente Übernahme

AGB können von den Parteien ausdrücklich (mündlich oder schriftlich) oder auch konklu-

dent (stillschweigend) in den Vertrag einbezogen werden. Eine konkludente Übernahme wird in erster Linie unter Kaufleuten bei laufenden Geschäftsbeziehungen anerkannt, sofern z. B. bereits früher gleichartige Vertragsabschlüsse unter Einbeziehung der AGB erfolgten. Für Konsumentenverträge wird eine konkludente Übernahme von AGB hingegen mehrheitlich abgelehnt und eine ausdrückliche Einbeziehung verlangt.

## Möglichkeit zur Kenntnisnahme von AGB

Hat der Kunde die AGB tatsächlich gelesen, verstanden und akzeptiert, liegt eine sogenannte Vollübernahme vor. In vielen Fällen stimmt der Kunde den AGB jedoch zu, ohne diese vorgängig gelesen und verstanden zu haben. In diesem Fall spricht man von einer sogenannten Globalübernahme.

Vom Kunden global akzeptierte AGB gelten



**Sonja Stark-Traber** lic. iur., LL.M.,  
ist als Rechtsanwältin in der  
Wirtschaftsanwaltskanzlei Suter  
Howald Rechtsanwälte in Zürich tätig,  
mit Schwerpunkten im Bereich  
Prozessführung, Arbeits- und  
Vertragsrecht. [www.suterhowald.ch](http://www.suterhowald.ch)

anfordert, sei es schriftlich, über eine Faxnummer, E-Mail-Adresse oder telefonisch. In Frage gestellt ist sie zudem dann, wenn der Kunde ein anderes Kommunikationsmittel als bei Vertragsschluss verwenden muss, um von den AGB Kenntnis zu nehmen, zum Beispiel wenn in einer schriftlichen Offerte darauf verwiesen wird, dass die AGB auf der Internetseite des Anbieters eingesehen werden können. Diese Form der Zugänglichmachung wird bei Konsumenten grundsätzlich für ungenügend erachtet, und es wird verlangt, dass die AGB dem Angebot beigelegt werden. Bei Geschäftskunden hat das Bundesgericht diese Frage offen gelassen, wobei eine wirksame Übernahme der AGB in solchen Fällen eher zu bejahen sein dürfte, zumindest wenn der Geschäftskunde über eine entsprechende IT-Infrastruktur verfügt.

### **Übernahme von AGB im elektronischen Geschäftsverkehr**

Die vorstehenden Grundsätze gelten gleichermaßen auch im elektronischen Geschäftsverkehr. So muss insbesondere auch im E-Commerce ein hinreichend deutlicher Hinweis auf die AGB erfolgen; die bloße Veröffentlichung der AGB im Internet genügt nicht. Zu empfehlen ist, unmittelbar vor dem Bestell-Icon auf der Internetseite des Anbieters, im elektronischen Bestellformular oder in der relevanten E-Mail einen auffälligen Verweis auf die AGB anzubringen.

Die AGB müssen zudem ohne grossen Aufwand im Internet verfügbar sein. Kommunizieren die Vertragsparteien per E-Mail, so können die AGB dem Kunden entweder in einem Anhang zugestellt werden oder es kann in der E-Mail ein Verweis oder besser ein direkter Hyperlink zu den im Internet abrufbaren AGB angebracht werden. Bei Bestellung über die Internetseite des Anbieters können die AGB im elektronischen Bestellformular integriert werden oder es kann auf der Bestellseite ein gut sichtbarer Hyperlink zu den AGB eingefügt werden. Alternativ lässt sich die Möglichkeit zur Kenntnisnahme der AGB durch



**«AGB müssen  
in zumutbarer  
Weise zur Kenntnis  
genommen werden  
können.»**

nur dann als wirksam in den Vertrag übernommen, wenn der Verwender den Kunden vor bzw. spätestens bei Vertragsabschluss hinreichend deutlich auf die AGB hingewiesen hat. Der Kunde muss zudem die Möglichkeit gehabt haben, vom Inhalt der AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen. Der AGB-Text muss somit für den Kunden leicht verfügbar gewesen sein. Eine tatsächliche Kenntnisnahme der AGB durch den Kunden ist hingegen nicht notwendig.

Das Kriterium der leichten Verfügbarkeit der AGB ist ohne Weiteres erfüllt, wenn der AGB-Text dem Kunden zugesandt, vorgelegt, ausgehändigt, dem Vertrag beigelegt, mündlich kommuniziert oder ausnahmsweise in anderer Form sichtbar gemacht wurde (z. B. durch Aushang oder Auflage im Geschäftslokal).

Die leichte Verfügbarkeit ist demgegenüber nicht gewährleistet, wenn vom Kunden verlangt wird, dass er die AGB beim Verwender

ein Pop-up-Fenster sicherstellen. Die AGB müssen indessen beim Bestellvorgang nicht zwingend automatisch erscheinen. Verlangt wird überdies, dass der Kunde die AGB vor bzw. bei Vertragsschluss problemlos herunterladen, abspeichern und ausdrucken kann.

### Kein Nachschieben von AGB

Die Möglichkeit, die AGB in zumutbarer Weise zur Kenntnis zu nehmen muss vor bzw. spätestens zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gewährleistet sein. Keine gültige Übernahme liegt vor, wenn die AGB dem Kunden erst nach Vertragsschluss, z. B. als Anlage zur Rechnung oder zum Lieferschein mitgeschickt werden. Reagiert der Kunde nicht auf solche so genannte nachgeschobenen AGB, bedeutet sein Stillschweigen keine Zustimmung dazu; diese muss in solchen Fällen ausdrücklich erfolgen, damit die AGB als gültig übernommen gelten.

### AGB-Kollisionen

In der Praxis kommt es vor allem unter Kaufleuten häufig vor, dass beide Vertragsparteien je ihre eigenen AGB für anwendbar erklären (so genannte «battle of the forms»). Dann stellt sich die Frage, welche AGB gelten. Die herrschende Rechtslehre geht davon aus, dass in einem solchen Fall die AGB beider Parteien anwendbar sind, soweit diese übereinstimmen. Soweit sich die AGB hingegen widersprechen, sind sie unverbindlich. Nicht massgeblich ist nach dieser Ansicht, welche Vertragspartei ihre AGB als letzte übersandt hat.

### Inhaltliche Geltung von AGB

Selbst wenn AGB nach den genannten Grundsätzen gültig in den Vertrag einbezogen worden sind, gelangen unter Umständen nicht sämtliche Bestimmungen so zur Anwendung wie der Verwender dies beabsichtigt hat:

Gemäss der so genannten Ungewöhnlichkeitsregel werden ungewöhnliche, d. h. überraschende bzw. geschäftsfremde Klauseln bei einer Globalübernahme durch eine geschäftsunerfahrene Partei nicht Vertragsinhalt. Der AGB-Verwender kann die Anwendbarkeit der Ungewöhnlichkeitsregel jedoch verhindern, indem er bei Vertragsschluss auf ungewöhnliche Bestimmungen besonders hinweist.

Ist der Sinn einer AGB-Klausel nicht klar und



führt deren Auslegung nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, so gelangt die so genannte Unklarheitenregel zur Anwendung. Danach muss sich der AGB-Verwender die für ihn ungünstigere Interpretationsweise entgegenhalten lassen.

Im Verhältnis zu Konsumenten ist zudem Art. 8 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu beachten: Danach sind AGB-Klauseln nichtig, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil des Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.

### Beweisfragen

Kommt es zum Streit darüber, ob AGB gültig in den Vertrag übernommen worden sind, so obliegt der Beweis dafür derjenigen Partei, die daraus Rechte ableitet, in der Regel also dem Verwender der AGB. AGB-Verwender sind daher in der Praxis gut beraten, sich den Empfang, die Kenntnisnahme und die ausdrückliche Annahme der AGB vom Kunden bestätigen zu lassen, allenfalls unter Hinweis auf möglicherweise ungewöhnliche Bestimmungen. Beim schriftlichen Vertragsschluss bringt der Verwender am besten einen deutlichen Hinweis auf die AGB oberhalb der Unterschriftenzeile des Kunden an. Im elektronischen Geschäftsverkehr empfiehlt es sich, die Bestellseite so zu programmieren, dass der Kunde die AGB durch Anklicken eines entsprechenden Feldes zuerst ausdrücklich akzeptieren muss, bevor er den Bestellvorgang abschliessen kann. ●

### «battle of the forms»:

In der Praxis kommt es vor allem unter Kaufleuten häufig vor, dass beide Vertragsparteien je ihre eigenen AGB für anwendbar erklären.