LEX campus

05/23/2025 14:27:21

Dokument	**EF 12/23 S. 664**
Autor	**Yeşim M. Atamer, Tarek Al Abiad, Perla Bachmann**
Titel	**PREISANPASSUNGSKLAUSELN IN AGB VON DAUERSCHULDVERHÄLTNISSEN**
Seiten	**664-668**
Publikation	**Expert Focus**
Herausgeber	**EXPERTsuisse**
ISSN	**0036-746X**
Verlag	**EXPERTsuisse**



YEŞIM M. ATAMER,
PROF. DR. IUR. DR. H. C.,
ORDENTLICHE
PROFESSORIN FÜR PRIVAT-,
WIRTSCHAFTS- UND
EUROPARECHT SOWIE
RECHTSVERGLEICHUNG
UNIVERSITÄT ZÜRICH



TAREK AL ABIAD,
CAND. MLAW, LL. M,
HILFSASSISTENT FÜR
PRIVAT-, WIRTSCHAFTS-
UND EUROPARECHT SOWIE
RECHTSVERGLEICHUNG,
UNIVERSITÄT ZÜRICH



PERLA BACHMANN,
MLAW, ASSISTENTIN FÜR
PRIVAT-, WIRTSCHAFTS-
UND EUROPARECHT SOWIE
RECHTSVERGLEICHUNG,
UNIVERSITÄT ZÜRICH

PREISANPASSUNGSKLAUSELN IN AGB VON DAUERSCHULDVERHÄLTNISSEN

Nützliche Flexibilität oder kontrollbedürftige Missbrauchsgefahr?

Preisanpassungsklauseln gewähren in Dauerschuldverhältnissen eine gewisse Flexibilität, um auf Marktänderungen zu reagieren, bergen jedoch insb. in AGB Missbrauchspotenzial. Der Beitrag erörtert basierend auf dem schweizerischen, deutschen und dem EU-Recht die Bedingungen, unter welchen Preisanpassungsklauseln in AGB rechtlich zulässig sind.

1. EINLEITUNG

Verträge gestalten oft die Zukunft. Da diese definitionsgemäss ungewiss ist, sind Vertragsabschlüsse spekulativ. Insb. bei Dauerschuldverhältnissen (DSV) haben die Parteien ein praktisches Bedürfnis nach Anpassung ihres Vertrags an künftige Änderungen. Ohne die Möglichkeit der nachträglichen Vertragsänderung müssten sie entweder Verträge mit kurzer Laufzeit abschliessen oder bereits beim Vertragsschluss alle Eventualitäten berücksichtigen, was unweigerlich zu einer Preiserhöhung führen würde. Besonders aus ökonomischer Sicht scheint es zielführend, durch die Verwendung von Preisanpassungsklauseln (PAK) Kosten für Neuverhandlungen zu umgehen und eine gewisse Flexibilität beizubehalten. Problematisch wird es, wenn PAK nicht nach beidseitigen Verhandlungen, sondern einseitig durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)[1] einer Partei zum Vertragsinhalt werden. Die Gefahr dieser Klauseln besteht darin, dass sie der Verwenderin bzw. dem Verwender der AGB die Möglichkeit geben, das Äquivalenzverhältnis im Nachhinein einseitig zu ihren bzw. seinen Gunsten zu ändern[2]. Deswegen ist es wichtig, zu bestimmen, ob solche PAK gültig vereinbart worden sind und ob diesfalls der Preisanpassung durch eine Ausübungskontrolle Grenzen gesetzt sind. Die Thematik ist für Business-to-Consumer(B2C)- sowie für Business-to-Business(B2B)-Verträge von Bedeutung. Rechtsvergleichend werden die Richtlinie 1993/13 der EU über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Richtlinie)[3] und das deutsche Recht berücksichtigt.

2. VERTRAGSFREIHEIT UND PREISBESTIMMUNGEN

Preisbestimmungen werden in einer liberalen Marktwirtschaft grds. nicht kontrolliert, der Gleichgewichtspreis bildet sich in funktionierenden Märkten durch Wettbewerb. Soweit eine Preisbestimmung den Regulierungskräften des Markts ausgesetzt ist, würde jeder Eingriff in den verhandelten Preis eine wohlfahrtsreduzierende Wirkung erzeugen. Deswegen wird z. B. in Art. 4 II der Richtlinie für B2C-Verträge explizit bestimmt, dass die Inhaltskontrolle von AGB i. d. R. nicht «die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen», betreffen kann. Die Regel wird jedoch in zweifacher Hinsicht relativiert: Erstens muss es sich um den *Hauptgegenstand* des Vertrags handeln und zweitens gilt diese Kontrollfreiheit nur, «sofern diese Klauseln *klar und verständlich* abgefasst sind».

Gemäss EuGH betreffen Klauseln den Hauptgegenstand des Vertrags, wenn sie «die Hauptleistungen des Vertrags festlegen und ihn als solchen charakterisieren. Hingegen können Klauseln mit akzessorischem Charakter gegenüber denen, die das Wesen des Vertragsverhältnisses selbst definieren, nicht unter diesen Begriff fallen»[4]. Demnach unterlie-

gen *Preisnebenabreden*, die die jeweilige Preisleistung weiter ausgestalten, der richterlichen Inhaltskontrolle[5].

Bei Preisvereinbarungen wird nach Art. 4 II der Richtlinie eine Inhaltskontrolle ausgeübt, falls deren *Transparenz* nicht gewährleistet ist. Der EuGH setzt die Transparenzschwelle hoch: Erst wenn die konkrete Funktionsweise des Preisbestimmungsverfahrens so dargestellt wird, dass ein/e normal informierte/r,

---

1 Vgl. Definition in BGer 4P. 135/2002 (28.11.2002) E. 3.1.

2 Wurmnest W., MüKo zum BGB, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 9. Aufl., München 2022, § 307 BGB Rn. 106. Ausführlich Loacker L. D., Preisanpassungsklauseln: Rechtsvergleichende Überlegungen de lege lata und de lege (non) ferenda am Beispiel der Versicherungsprämie, in: Schnyder A. (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz: Rückblick und Zukunftsperspektiven, Zürich 2015, S. 127-176.

3 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, http://data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj.

4 EuGH C-776/19 bis C-782/19 (10.06.2021), ECLI:EU:C:2021:470, Rn. 52; EuGH C-621/17 (03.10.2019), EU:C:2019:820, Rn. 32.

5 Vgl. Wendland M., in: Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, §§ 305-310; UKlaG, § 307 BGB Rn. 311.

angemessen aufmerksame/r und verständige/r Durchschnittsverbraucher/-in in der Lage ist, die sich für sie/ihn daraus ergebenden wirtschaftlichen Folgen auf der Grundlage genauer und nachvollziehbarer Kriterien einzuschätzen, gilt die Klausel als transparent[6].

Beiden Ausnahmen liegt die gleiche Begründung zugrunde: Ist eine Preisklausel transparent, funktioniert der *Marktmechanismus*, da die Kundin bzw. der Kunde die Information zur Preisbestimmung mit anderen vergleichen und somit das beste Angebot auf dem Markt auswählen kann[7]. Preisnebenabreden wiederum unterliegen der Kontrolle, weil diese bei Vertragsschluss von der Kundin bzw. dem Kunden nicht wahrgenommen werden und somit auch nicht in ihre oder seine Entscheidung mit einfliessen können. Bei unverhandelten preisrelevanten Klauseln besteht somit die Gefahr, dass sie einseitig die Rechte der Kundin bzw. des Kunden übermässig begrenzen, sodass dieses Marktversagen durch richterliche Inhaltskontrolle behoben werden muss. Im Rahmen der Richtlinie werden diese Kontrollkriterien nur für B2C-Verträge vorgeschrieben, § 307 BGB unterscheidet hingegen nicht zwischen B2B- und B2C-Verträgen.

Im schweizerischen Recht sieht Art. 8 UWG keine besondere Regel für die Kontrolle von Preisklauseln vor. Doch liegt es auf der Hand, dass Preisbestimmungen, die dem Konditionenwettbewerb unterstehen, nicht nach Art. 8 UWG kontrolliert werden dürfen. Deswegen wird auch in der Lehre überwiegend vertreten, parallel zum EU-Recht zwischen Preis- und Preisnebenabreden zu unterscheiden, sowie das Transparenzerfordernis für die Bestimmung von kontrollfreien AGB-Klauseln anzuwenden[8].

3. ARTEN VON PREISANPASSUNGSKLAUSELN

Als PAK werden alle Klauseln verstanden, welche Abreden betr. die nachträgliche Änderung der Geldschuld der Kundin bzw. des Kunden enthalten[9]. Es wird zwischen Preisvorbehalts-, Kostenelement- und Spannungsklauseln unterschieden. Preisvorbehaltsklauseln lassen hinsichtlich des Ausmasses der Änderung einen Ermessensspielraum. Dieser ermöglicht es dem Unternehmen, die neue Höhe der Geldschuld einseitig nach Billigkeit zu bestimmen - m. a. W. begründen Preisvorbehaltsklauseln ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Unternehmens[10]. Spannungsklauseln knüpfen an die Preisentwicklung von gleichartigen oder vergleichbaren, aber vertragsfremden Gütern oder Leistungen an, wie z. B. die Koppelung des Preises an einen Index[11]. Kostenelementklauseln stellen auf die Preisentwicklung von Gütern oder Leistungen ab, welche die Selbstkosten der Gläubigerin bzw. des Gläubigers unmittelbar beeinflussen[12]. Zur Unterscheidung zwischen Kostenelement- und Preisvorbehaltsklauseln ist auf das «billige Ermessen» abzustellen. Wird der Preis nicht aufgrund veränderter Kosten unmittelbar beeinflusst und ergibt sich nicht rechnerisch nachvollziehbar, wie sich Kostenänderungen auf den Preis auswirken, liegt eine Ermessensausübung und somit eine Preisvorbehaltsklausel vor.

---

6 EuGH C-154/21 (12.01.2023), ECLI:EU:C:2023:14, Rn. 40 ff.; EuGH C-621/17 (03.10.2019), EU:C:2019:820, Rn. 37; EuGH C-186/16 (20.09.2017), ECLI:EU:C:2017:703, Rn. 45.

7 Die Transparenz muss bei Vertragsschluss vorliegen: EuGH C-125/18 (03.03.2020), ECLI:EU:C:2020:138, Rn. 49.

8 Vgl. Thouvenin F., in: Hilty R. M., Arpagaus R. (Hrsg.), BSK UWG, Basel 2013, Art. 8 UWG Rn. 95 ff.; Heiss H., in: Heizmann R., Loacker L. D. (Hrsg.), UWG-Kommentar, Zürich 2018, Art. 8 UWG Rn. 163 ff. Vgl. auch HG Zürich HG210223-O (21.06.2023) E. 7.3.4.2.

9 Dazu im Detail Thomas S., Preisfreiheit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 209 (2009), S. 84-129, 87 ff.; Zschieschack F., in: Artz M. (Hrsg.), Beck-OGK, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, 67. Aufl., § 307 BGB Preisanpassungsklausel Rn. 1; allgemein zu Änderungsklauseln vgl. Buff F., Vertragliche Anpassungsklauseln im schweizerischen Recht, Zürich 2016; Mitrovic M., Einseitige Änderungsklauseln in AGB, Zürich 2022.

10 Thomas (Fn. 9), 84, 88; Fuchs A., in: Ulmer P./Brandner H. E., Hensen H. D. (Hrsg.), AGB-Recht - Kommentar, 13. Aufl., Köln 2022, § 307 BGB Rn. 180. Vgl. Art. 3.5 der AGB eines Streaming-Dienstleisters: «Unser Abo-Angebot und die Preise für den […]-Dienst können sich gelegentlich ändern.».

11 Zschieschack (Fn. 9), § 307 BGB Preisanpassungsklausel Rn. 7. Vgl. Art. 2 der AGB eines Telekomdienstleisters: «[…] darf den Preis für jede Dienstleistung einmal pro Kalenderjahr im Umfang der Teuerung anpassen. Die Berechnung der Teuerung richtet sich nach dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik (LIK Basis Dezember 2020 = 100 Punkte). Als Anfangsindex gilt der Stand des LIK am 1. Januar 2024.».

12 Wurmnest (Fn. 2), § 309 BGB Kurzfristige Preiserhöhungen Rn. 17; Vgl. Art. 4.1 der AGB eines Streaming-Dienstleisters: «[…] kann den mit dem Kunden vereinbarten Abonnementbeitrag nach Massgabe der folgenden Regelungen nach billigem Ermessen anpassen, wenn die auf das Abonnement entfallenden Gesamtkosten auf Grund von Umständen steigen, die nach Vertragsschluss eintreten, nicht vorhersehbar waren und die nicht im Belieben von […] stehen (‹Gesamtkostensteigerung›). Die auf das Abonnement entfallenden Gesamtkosten setzen sich wie folgt zusammen (‹Kostenelemente›): Entgelte für Programmlizenzen, Entgelte für Technikleistungen, Kundenservice- und sonstige Umsatzkosten, allgemeine Verwaltungskosten. Etwaige Kostensenkungen sind bei der Berechnung der Gesamtkosten von […] zu berücksichtigen. […] darf eine Preiserhöhung höchstens um den Betrag der Gesamtkostensteigerung und höchstens einmal innerhalb eines Kalenderjahres vornehmen.».

Unbeschadet dieser Einteilung sind PAK als Preisnebenabreden zu qualifizieren und unterliegen somit der richterlichen Kontrolle[13]. Im Folgenden werden die Kontrollmechanismen für missbräuchliche AGB des schweizerischen Rechts dargelegt und ihre potenzielle Anwendung auf PAK analysiert.

4. ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN UND KONTROLLINSTRUMENTE

Heute ist weitgehend anerkannt, dass AGB-Klauseln in drei Phasen kontrolliert werden können: Einbeziehungs-, Auslegungs- und Inhaltskontrolle[14]. Für die PAK-Problematik ist die Auslegungskontrolle oft nicht ausschlaggebend, weshalb diese vorliegend aus Platzgründen ausgelassen wird.

4.1 Einbeziehungskontrolle. AGB werden zum Vertragsbestandteil, wenn die Parteien sie ausdrücklich oder konkludent in den Vertrag einbezogen haben[15]. Zentral ist, dass die zustimmende Partei vor oder bei Vertragsschluss die Möglichkeit hat, vom Inhalt der AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen[16]. Anders als bei B2B-Verträgen fordert die Lehre bei B2C-Verträgen für deren Einbeziehung einen ausdrücklichen Hinweis auf die AGB[17]. Bei B2C- sowie B2B-Verträgen haben die Klauseln zudem dem Transparenzgrundsatz zu genügen, weshalb unleserlich gedruckte oder zu komplexe AGB nicht Vertragsbestandteil werden[18].

In der Praxis erfolgt die Übernahme von AGB überwiegend in Form der Globalübernahme, bei der die annehmende Partei den Bedingungen zustimmt, ohne deren genauen Inhalt zur Kenntnis genommen, verstanden oder bedacht zu haben[19]. Dem Einbezug mittels Globalübernahme werden sowohl bei B2B- als auch bei B2C-Verträgen mit der Ungewöhnlichkeitsregel Grenzen gesetzt. Dieser zufolge erlangen AGB-Klauseln, mit deren Inhalt die annehmende Partei nach den Umständen nicht gerechnet hat, vernünftigerweise nicht rechnen musste (da ungewöhnlich oder geschäftsfremd) und auf die sie nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist, keine Geltung[20]. Als subjektive Kriterien werden dabei Wissensstand, Fähigkeiten, Ausbildung sowie Erfahrung der Kundin bzw. des Kunden im Einzelfall berücksichtigt[21]. Als objektives Kriterium muss die Klausel zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen

EF 12/23 S. 664, 666

oder in erheblichem Masse aus dem rechtlichen Rahmen des Vertragstyps herausfallen[22]. Ungewöhnliche AGB-Klauseln werden nicht Vertragsbestandteil.

4.2 Inhaltskontrolle. Die offene AGB-Inhaltskontrolle ist nur in Art. 8 UWG vorgesehen. Anders als ursprünglich konzipiert findet Art. 8 UWG seit der Revision 2012 nur noch im B2C-Verhältnis Anwendung. Das BGer hat sich bis anhin weder zur Definition der Konsumentin bzw. des Konsumenten nach Art. 8 UWG geäussert noch die Bestimmung zur Inhaltskontrolle eingesetzt[23].

---

13 Thomas (Fn. 9), 84, 90.

14 Vgl. dazu Kramer E. A., Probst T., Perrig R., Schweizerisches Recht der AGB, 2. Aufl. Bern 2023, Rn. 101 ff.

15 Huguenin C., OR AT und BT, 3. Aufl., Zürich 2019, Rn. 614.

16 Kramer, Probst, Perrig (Fn. 14), Rn. 143 ff.; Huguenin (Fn. 15), Rn. 616 ff.

17 Schwenzer I., Fountoulakis C., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2020, Rn. 45.02, 45.05; Müller C., in: Aebi-Müller R., Müller C. (Hrsg.), BK zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1-18 OR, Bern 2018, Art. 1 Rn. 331.

18 Schwenzer, Fountoulakis (Fn. 17), Rn. 45.03; Kramer, Probst, Perrig (Fn. 14), Rn. 154 ff.; OG Kanton Thurgau RBOG 2003 (25.08.2003) E. 9; vgl. auch BGE 119 II 443 E. 1b.

19 BGE 109 II 452 E. 4; 108 II 416 E. 1b; 119 II 443 E. 1a .

20 BGE 148 III 57 E. 2.1.3; HG Zürich HG210223-O (21.06.2023) E. 7.1.2: Die Ungewöhnlichkeitsregel konkretisiert das Vertrauensprinzip und bezweckt den Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Sie zielt nicht primär darauf ab, die schwächere oder unerfahrene Partei vor der stärkeren oder erfahreneren zu schützen, weshalb sich nicht bloss die schwächere oder geschäftsunerfahrene Partei darauf berufen kann.

21 Atamer Y. M., Switzerland, in: Busch D., Lehmann M. (Hrsg.), Unfair Terms in Banking and Financial Contracts, Oxford 2023, S. 605 f.

22 HG Zürich HG210223-O (21.06.2023) E. 7.1.2.2; BGer 5A_86/2021 (02.11.2021) E. 3.1.1.

23 BGer 4A_54/2021 (28.10.2021) E. 6.4.2; BGer, 4A_275/2019 (29.08.2019) E. 1.4. Vgl. aber HG Zürich HG210223-O (21.06.2023) E. 7.3.4.1; Kramer E. A., Das unfertige Gebäude der AGB-Inhaltskontrolle im schweizerischen Recht, recht 2023, S. 181-189, 183.

Gemäss Art. 8 UWG liegt eine missbräuchliche Klausel vor, wenn ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien besteht, welches die Konsumentinnen und Konsumenten in Treu und Glauben verletzenderweise benachteiligt. Das erhebliche Missverhältnis von Rechten und Pflichten steht im Vordergrund, wobei der Grundsatz von Treu und Glauben nur zur weiteren Konkretisierung dieses Kontrollmassstabs dient[24]. Das Missverhältnis beurteilt sich mittels Vergleichs mit den sonst anwendbaren dispositiven Gesetzesbestimmungen[25]. Gibt es keine anwendbare Auffangregelung, muss der Richter modo legislatoris vorgehen, eine faire und gerechte Regelung für den Interessenkonflikt definieren und diese dann mit der besagten AGB-Klausel vergleichen. Auch eine Verletzung des Transparenzgrundsatzes deutet auf ein ungerechtfertigtes Missverhältnis hin[26]. Ob das Element der Erheblichkeit gegeben ist, beurteilt sich im Einzelfall und anhand qualitativer und quantitativer Kriterien. So sieht die Botschaft zu Art. 8 UWG die Anforderung als erfüllt an, wenn das Missverhältnis «mit dem Grundsatz der Billigkeit nicht zu vereinbaren ist und daher die Nichtigkeit der Klausel als die angemessene Folge» erscheint[27].

Eine i. S. v. Art. 8 UWG als missbräuchlich qualifizierte Klausel ist nichtig und der Vertrag wird ohne sie aufrechterhalten (Art. 20 OR)[28]. Ist die Durchführung des Vertrags ohne die Klausel nicht möglich, wird eine Lückenfüllung durch das dispositive Recht vorgenommen. Wo solches fehlt, ist eine richterliche Vertragsergänzung i. S. d. hypothetischen Parteiwillens nötig[29]. Eine geltungserhaltende Reduktion auf das noch Zulässige lehnen Rechtsprechung und Lehre ab, da dies den Anreiz schaffen würde, Übermässiges zu vereinbaren[30].

Für die AGB-Inhaltskontrolle in B2B-Verträgen sieht das schweizerische Recht keine Sondernorm vor. Denkbare wäre ein Rückgriff auf die allgemeinen Inhaltsgrenzen in Art. 19-20 OR, falls das systematische Abweichen vom «dispositiven Gesetz, welches auf einem demokratisch legitimierten Ausgleich der divergierenden Parteiinteressen beruht»[31], als Verstoss gegen die öffentliche Ordnung eingeordnet werden sollte[32]. Das BGer hat sich dieser Lehrmeinung (noch) nicht angeschlossen, weshalb momentan in B2B-Verträgen keine offene AGB-Inhaltskontrolle praktiziert wird[33].

5. EINBEZIEHUNG UND GÜLTIGKEIT VON PAK

PAK in AGB müssen in einem ersten Schritt die Einbeziehungskontrolle bestehen. Insb. in DSV sind PAK sowohl in B2C- als auch in B2B-Verhältnissen üblich, weshalb Kundinnen und Kunden nach den Umständen vernünftigerweise damit rechnen müssen. Das BGer berücksichtigt bei der Ungewöhnlichkeitskontrolle aber auch den Inhalt der Klausel (sog. «verdeckte Inhaltskontrolle»): «Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren»[34]. Somit bauen die Ungewöhnlichkeits- und die Gültigkeitskontrolle auf parallele Wertungen. Kriterien, die für die Ungewöhnlichkeit einer Klausel in B2B-Geschäften ausschlaggebend sind, können auch in B2C-Geschäften zur Konkretisierung von Art. 8 UWG, d. h. bei der Gültigkeitskontrolle relevant sein (bzw. vice versa)[35]. Doch werden die Kriterien in B2B-Geschäften grosszügiger gewichtet, da beide Parteien im Wirtschaftsleben eingebunden sind und die vernünftigen Erwartungen somit anders als in B2C ausfallen.

---

24 Atamer (Fn. 21), S. 613. Siehe auch EuGH C-405/21 (13.10.2022), ECLI:EU:C:2022:793, Rn. 25: «Im Übrigen hat der Gerichtshof bereits klargestellt, dass der Begriff ‹Treu und Glauben› der Prüfung der Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel inhärent ist.».

25 Vgl. EuGH C-421/14 (26.01.2017), ECLI:EU:C:2017:60, Rn. 67; EuGH C-415/11 (14.03.2013), ECLI:EU:C:2013:164, Rn. 68.

26 Loacker (Fn. 2), S. 127, 163 f.

27 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BBl 2009, S. 6179.

28 Vgl. Heiss (Fn. 8), Art. 8 UWG Rn. 242 ff.; BSK UWG-Thouvenin (Fn. 8), Art. 8 Rn. 144.

29 Heiss (Fn. 8), Art. 8 UWG Rn. 251; Gauch P., Schluep W. R., Schmid J., OR AT, 11. Aufl., Zürich 2020, Rn. 1155b; Jenny M., Inhaltskontrolle nach revidiertem Art. 8 UWG, Zürich/St. Gallen 2014, S. 66.

30 BGer 4A_404/2008 (18.12.2008) E. 5.6. und insb. 5.6.3.2.1. Vgl. zum Begriff und dessen Abgrenzung Dedual A., Geltungserhaltende Reduktion, Tübingen 2017, S. 52 ff.

31 Kramer E. A., in: Meier-Hayoz A. (Hrsg.), BK OR, Bern 1991, Art. 19-22 OR Rn. 277.

32 So z. B. berechtigterweise BK OR-Kramer (Fn. 31), Art. 19-22 OR Rn. 158 ff.

33 Kritisch diesbezüglich z. B. auch Loacker (Fn. 2), S. 160; Kramer E. A., Konzeptionsfragen zur Vertragsinhaltskontrolle, ZSR 2018, S. 295-325, 323.

34 BGE 135 III 1 E. 2.1; vgl. Botschaft UWG (Fn. 27), S. 6177.

35 Zwar könnte man in B2C-Verträgen auch mit der Ungewöhnlichkeit argumentieren (verdeckte Inhaltskontrolle), doch methodenehrlicher ist die offene Inhaltskontrolle.

Die Kontrollkriterien von PAK ergeben sich aus ihrer Begründung: PAK ermöglichen die spätere Aufnahme nicht voraussehbarer oder kontrollierbarer Kostenfaktoren in die Preisbestimmung. Dies ist insb. in befristeten DSV wichtig. Die Anpassung soll dazu dienen, die Reduktion des Gewinns einer Partei zu verhindern, nicht aber dazu, die Gewinnmarge dieser Partei nachträglich zu erhöhen[36]. Ziel ist es, das Äquivalenzverhältnis wieder herzustellen - was darüber hinausgeht, beeinträchtigt die Interessen der anderen Partei zu stark und unterliegt der Kontrolle.

Zwar könnte bei unbefristeten DSV in der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit der Kundin bzw. des Kunden eine Kompensation einseitiger PAK gesehen werden, doch ist diesfalls gerade bzgl. Lockvogel-Angeboten Vorsicht geboten. Könnten anfänglich lukrative Preise nach Vertragsschluss ohne Umstände den Marktgegebenheiten angepasst werden, würde dies dem Schutzgedanken des UWG widersprechen[37]. Hinzu kommt, dass besonders bei B2C-Verträgen wegen Verbraucherträgheit (Consumer Inertia) und bei B2B- sowie B2C-Verträgen wegen den Transaktionskosten (Switching Costs) bzw. Fehlen vergleichbarer Anbieter eine ordentliche Kündigung nicht immer infrage kommen wird[38]. Deswegen ist auch bei unbefristeten Verträgen eine gewisse Kontrolle von PAK wichtig.

Demnach bedarf die Antwort auf die Frage, wie PAK abgefasst werden müssen, damit sie einer Gewöhnlichkeits- bzw. Gültigkeitsprüfung standhalten, einer Interessenabwägung. Dem berechtigten Interesse der AGB-Nutzerin bzw. des AGB-Nutzers steht das Interesse der Kundin bzw. des Kunden entgegen, dass PAK verständlich und hinreichend konkret (transparent) sowie inhaltlich angemessen sind und ein Kündigungsrecht besteht[39].

Transparent sind Klauseln, wenn Anlass und Voraussetzungen bzw. Umfang der möglichen Preisänderung im Vertrag so dargestellt sind, dass Kundinnen und Kunden die Änderung bei Vertragsabschluss anhand klarer und verständlicher Kriterien einschätzen bzw. bei späterer Anwendung nachvollziehen können[40]. Klauseln, die nur angeben, dass Preise sich «gelegentlich ändern können» (vgl. Beispiel in Fn. 10) sind demnach in B2B- sowie B2C-Geschäften intransparent[41].

Intransparente PAK sind auch *inhaltlich nicht angemessen*, da sie der Verwenderin oder dem Verwender die Möglichkeit

geben, unbemerkt einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen und jegliche Kontrolle auf Kundenseite verunmöglichen[42]. Ausserdem soll durch PAK auf Marktänderungen reagiert werden, was bedingt, dass auch Kostensenkungen preismindernd zu berücksichtigen sind[43]. Kostenelement- bzw. Indexklauseln schneiden deshalb besser ab, wenn bei der Preisbestimmung ein gewisser Automatismus eingreift und eine Anpassung sowohl nach oben als auch nach unten erfolgen kann (vgl. Beispiele in Fn. 11-12).

Auch wenn PAK transparent und inhaltlich angemessen sind, muss im Einzelfall abgewogen werden, ob die Abkehr vom Prinzip Pacta sunt servanda durch Einräumung eines *Kündigungsrechts* kompensiert werden sollte. Relevant ist dies insb. bei befristeten DSV, welche regelmässig keine ordentliche Kündigung erlauben. Während bei B2B-Verträgen eine Beurteilung je nach Ausgangslage und Eigenschaften der Kundin bzw. des Kunden nötig ist, kann man in B2C-Verhältnissen davon ausgehen, dass eine solche Kündigung - wenigstens ab einer bestimmten Wesentlichkeitsschwelle[44] - auch bei befristeten DSV möglich sein muss. Insb. bei langer Vertragsdauer, in der Zeitpunkt und Häufigkeit einer Preisänderung nicht absehbar sind,

---

36 Thomas (Fn. 9), S. 93.

37 Zutreffend Loacker (Fn. 2), S. 155.

38 Vgl. Atamer Y. M., Why Judicial Control of Price Terms in Consumer Contracts Might Not Always Be the Right Answer - Insights from Behavioural Law and Economics, MLR 2017, S. 624-660, 632; vgl. Probst T., Bankgebühren und der Schutz des Kunden vor missbräuchlichen AGB, Jusletter 24. April 2017; Wurmnest (Fn. 2), BGB § 309 Abs. 1, Rn. 26 ff.; EuGH C-92/11 (21.03.2013), ECLI:EU:C:2013:180, Rn. 54.

39 Vgl. dazu Kramer, Probst, Perrig (Fn. 14), Rn. 130 ff. und 860 ff.; EuGH C-92/11 (21.03.2013), ECLI:EU:C:2013:180, Rn. 55; EuGH C-287/19 (11.11.2020), ECLI:EU:C:2020:897, Rn. 65.

40 Vgl. Art. 7 PauRG; BGE 135 III 1 E. 2.5: «Ein undefiniertes Gestaltungsrecht zur einseitigen Abänderung vertraglicher Leistungspflichten widerspräche der Natur und dem Zweck des Vertrags, mit dem Rechte und Pflichten jeder Vertragspartei gerade definiert werden sollen». Vgl. auch EuGH C-186/16 (20.09.2017), ECLI:EU:C:2017:703, Rn. 45; Staudinger/Wendland (Fn. 5), BGB § 307 Rn. 330a.

41 Vgl. auch BGE 135 III 1 E. 2.5; Rusch A. F., Huguenin C., Einseitige Änderungsrechte in AGB, SZW 2008, S. 37-56, 45 ff.; Loacker (Fn. 2), S. 172.

42 Loacker (Fn. 2), S. 172; vgl. auch BGH VIII ZR 304/08 (24.03.2010), NJW 2010 S. 2793 ff., Rn. 31 ff.

43 Loacker (Fn. 2), S. 174; vgl. auch BGH IV ZR 44/15 (06.07.2016), NJW 2017 S. 388 ff., Rn 27.

44 So z. B. Art. 10 Abs. 1 i. V. m. Art. 8 Abs. 2 und Art. 7 PauRG (Preiserhöhung von mehr als zehn Prozent).

muss der Konsumentin bzw. dem Konsumenten das Recht zur ausserordentlichen Kündigung eingeräumt werden[45].

I. d. R. sind diese drei Elemente zusammen ausschlaggebend. Eine fehlende Transparenz bzw. Ausgewogenheit kann z. B. nicht durch ein Kündigungsrecht ausgeglichen werden[46]. Sollten die Voraussetzungen für die Ungewöhnlichkeit bzw. Ungültigkeit der PAK erfüllt sein, wird die Klausel nicht Vertragsbestandteil bzw. ist nichtig. In einem unbefristeten DSV könnte der Anbieter diesfalls sein Recht nutzen, den Vertrag ordentlich zu kündigen, falls er ohne die PAK den Vertrag nicht weiterführen möchte. Bei befristeten Dauerschuldverhältnissen besteht dieses Recht aber nicht und der Vertrag wird ohne PAK aufrechterhalten. Gerade bei längerfristigen DSV könnte ausnahmsweise eine richterliche Lückenfüllung nötig sein, um eine ausgewogene PAK einzuführen, falls sonst die Interessen des Anbieters nicht gebührend geschützt werden[47].

6. AUSÜBUNGSKONTROLLE BEI PAK

Während die obigen Ausführungen die Einbeziehung sowie die Gültigkeit der PAK betreffen, dient die Ausübungskontrolle dazu, im zweiten Schritt die erfolgte Preisanpassung auf billige Ermessensausübung hin zu prüfen[48]. Im Schweizer Recht findet sich zwar keine parallele Regelung zu § 315 BGB, die vorsieht, dass bei einseitiger Bestimmung der vertraglich geschuldeten Leistung dies nach billigem Ermessen zu geschehen hat, doch lässt sich eine Rechtsgrundlage dem Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) entnehmen[49]. Das BGer hält auch explizit fest, dass «einseitige vertragliche Gestaltungsrechte nach billigem Ermessen auszuüben» sind[50]. Somit kann einer abstrakt zwar zulässigen PAK im Einzelfall die Wirkung versagt werden[51].

Mittels gerichtlicher Überprüfung muss bestimmt werden, ob die Vertragsanpassung im Ermessensspielraum liegt, nach objektiven Gesichtspunkten ausgeübt wurde und einem legitimen Interesse folgt[52]. Zudem ist zu prüfen, ob eine Äquivalenzstörung vorliegt und diese durch die Ausübung wiederhergestellt wird oder ob lediglich nachträglich ein höherer Gewinn erzielt wird[53]. Bei den Rechtsfolgen einer solchen Billigkeitskontrolle ist zu unterscheiden: Das deutsche Recht gibt dem Richter in § 315 Abs. 3 BGB die Aufgabe, die Leistungsbestimmung ersatzweise vorzunehmen. Sinnvoll erscheint es, eine parallele Ermächtigung auch für das Schweizer Recht in Anlehnung an Art. 4 ZGB anzuerkennen[54]. Denn, falls das Gestaltungsgeschäft im konkreten Fall als unbillig und deswegen unwirksam eingestuft wird[55], kann der Anbieter eine neue Preisanpassung vornehmen, die wiederum dem Billigkeitsgebot widersprechen könnte. Aus prozessökonomischen Gesichtspunkten erscheint es richtiger, der Richterin bzw. dem Richter das Recht zu geben, den Umfang der Preisanpassung im konkreten Fall sofort zu bestimmen[56].

7. AUSBLICK

PAK sind in DSV unverzichtbar. Doch insb. unverhandelte PAK in AGB bergen ein grosses Missbrauchspotenzial. Damit sie nicht zum Vehikel einseitiger Gewinnmaximierung ausarten, müssen sie:

---

45 Vgl. Loacker (Fn. 2), S. 171; BGE 135 III 1 E. 3.3: gemäss BGer macht es diesbezüglich auch nichts aus, dass die Preiserhöhung auf behördliche Anordnung stattfand. Vgl. aber auch EuGH C-326/14 (26.11.2015), ECLI:EU:C:2015:782, Rn. 29.

46 So auch Huguenin C., Maissen E., Bedingungsänderungsklauseln, in: Fuhrer S., Weber S. (Hrsg.), Allgemeine Versicherungsbedingungen, Zürich 2011, S. 97-122, 110; Loacker (Fn. 2), S. 173; Hug D., La formation du contrat de consommation, Basel 2020, Rn. 1577; Mitrovic (Fn. 9), Rn. 429. Vgl. jedoch BGE 135 III 1 E. 2.6, wonach ein Kündigungsrecht der oder des Versicherten die fehlende Bestimmtheit des künftigen Ereignisses zu beheben vermag.

47 Vgl. zum Problem der Lückenfüllung EuGH C-395/21 (12.01.2023), ECLI:EU:C:2023:14, Rn. 53 ff.

48 Mitrovic (Fn. 9), Rn. 152 ff.; Buff (Fn. 9), S. 225 ff.; Thomas (Fn. 9), S. 96 f.

49 BGE 84 II 13 E. 2, Schwenzer, Fountoulakis (Fn. 17), Rn. 6.08; Rusch, Huguenin (Fn. 41), S. 49.

50 BGE 118 II 157 E. 4b/bb; ausführlich Buff (Fn. 9), S. 225 ff.

51 Vgl. Mitrovic (Fn. 9), Rn. 336; Buff (Fn. 9), S. 225 ff.; vgl. BK OR-Müller (Fn. 17), Art. 18 Rn. 602 f.

52 Buff (Fn. 9), S. 226 ff.; Hug (Fn. 46), Rn. 1580. Vgl. zur parallelen Beurteilung im Rahmen von Art. 4 ZGB Hrubesch-Millauer S., BK zum ZGB, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art. 4 Rn. 388 ff., 395.

53 Mitrovic (Fn. 9), Rn. 157.

54 Vgl. Huguenin, Maissen (Fn. 46), S. 105; Rusch, Huguenin (Fn. 41), S. 49 f.

55 So z. B. Buff (Fn. 9), S. 230.

56 Vgl. bzgl. Mietzins BGE 99 II 290 E. 6c.

EF 12/23 S. 664, 668

transparent formuliert werden, sodass eventuelle Preisanpassungen nachvollzogen werden können,

einen ausgewogenen Mechanismus zur Preisanpassung festlegen und

der Gegenpartei ein Kündigungsrecht einräumen.

Im Prinzip sind diese Erwartungen in B2C- (Gültigkeitskontrolle) sowie B2B-Verträgen (Ungewöhnlichkeitskontrolle) parallel, wobei die Beurteilung in B2B-Geschäften grosszügiger gehandhabt wird. Ausserdem kommt einer einzelfallbezogenen Ausübungskontrolle wichtige Bedeutung zu. n

Nutzung ausschliesslich zu universitären Zwecken