



Kommentar zu: Urteil: [4A_330/2021](#) vom 5. Januar 2022, publiziert als [BGE 148 III 57](#)

Sachgebiet: Vertragsrecht

Gericht: Bundesgericht

Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung

dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Vertragsauslegungsprinzipien des Bundesgerichts in der Sackgasse

Autor / Autorin

Delia Zellweger, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

brunner.arbitration

In seinem Urteil [4A_330/2021](#) vom 5. Januar 2022 (amtlich publiziert als [BGE 148 III 57](#)) entschied das Bundesgericht, dass die allgemeinen Vertragsauslegungsregeln bei AGB zur Anwendung gelangen.

Sachverhalt

[1] Die B AG (Klägerin, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Versicherte) betreibt ein Lokal mit Restaurant und Bar. Sie hat bei der A AG (Beklagte, Beschwerdeführerin, nachfolgend: Versicherung) die «X Geschäftsversicherung KMU» abgeschlossen, die eine Fahrhabeversicherung sowie eine Betriebs- und Unfallversicherung enthielt. Die Fahrhabeversicherung umfasst unter der Rubrik «Weitere Gefahren» auch die Versicherung für Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Am 16. März 2020 stufte der Bundesrat die Situation in der Schweiz im Zusammenhang mit der Ausbreitung des Coronavirus als ausserordentliche Lage im Sinne von Art. 7 [EpG](#) ein. Er ordnete mit Wirkung ab dem 17. März 2020 die Schliessung von für das Publikum öffentlich zugänglichen Einrichtungen an, insbesondere von Restaurations- und Barbetrieben. Restaurations- und Barbetriebe waren für das Publikum erst ab dem 11. Mai 2020 unter einschränkenden Auflagen wieder öffentlich zugänglich. Die Betriebsschliessung ab 17. März 2020 führte bei der Versicherten zu einem Ertragsausfall. Am 18. März 2020 errechnete sie einen zu erwartenden Betriebsunterbrechungsschaden bis 30. April 2020 von CHF 75'397 und bat die Versicherung mit Schreiben vom 19. März 2020, die versicherten Leistungen zu erbringen. Mit E-Mail vom 23. März 2020 und Schreiben vom 25. März 2020 lehnte die Versicherung Entschädigungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus ab (Sachverhalt Teil A.b).

[3] Am 21. April 2020 erhob die Versicherte Teilklage am Handelsgericht des Kantons Aargau und beantragte, die Versicherung sei zu verpflichten, ihr CHF 40'000 für Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie zu bezahlen. Mit Urteil vom 17. Mai 2021 hiess das Handelsgericht die Klage gut (Sachverhalt Teil B).

[4] Dagegen erhob die Versicherung Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Sie begehrt im Wesentlichen, das Urteil des Handelsgerichts sei aufzuheben und die Klage der Versicherten sei abzuweisen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut, hob das vorinstanzliche Urteil auf und wies die Klage der Versicherten ab (Sachverhalt Teil C und E. 6).

Erwägungen

[5] Allgemeine Geschäftsbedingungen sind laut Bundesgericht Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf den künftigen Abschluss einer Vielzahl von Verträgen generell vorformuliert wurden (E. 2 Ingress).

[6] Allgemeine Geschäftsbedingungen hätten von sich aus keine Geltung zwischen den Parteien. Sie gälten nur und soweit, als die Parteien sie für ihren Vertrag ausdrücklich oder konkludent übernommen haben (E. 2.1).

[7] Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen können nur dann vom Konsens erfasst sein, wenn die zustimmende Partei bei Vertragsschluss zumindest die Möglichkeit hatte, von ihrem Inhalt in einer zumutbaren Weise Kenntnis zu nehmen (sogenannte Zugänglichkeitsregel). Für den Versicherungsvertrag bestimme Art. 3 Abs. 2 [VVG](#) darüber hinaus, dass der Versicherungsnehmer in Besitz der Allgemeinen Versicherungsbedingungen sein müsse, wenn er den Versicherungsvertrag beantrage oder annehme (E. 2.1.2).

[8] Stimme die Partei der Übernahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen global zu, d.h. ohne diese zu lesen, zur Kenntnis zu nehmen oder deren Tragweite zu verstehen (sogenannte Globalübernahme), werde die Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die sogenannte Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt: Der Verfasser von Allgemeinen Geschäftsbedingungen müsse nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass der Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimme (E. 2.1.3).

[9] Die Ungewöhnlichkeitsregel sei ein Instrument der Konsenslehre. Sie konkretisiere das Vertrauensprinzip. Dieses bezwecke den Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (E. 2.1.3.1).

[10] Hätten die Parteien die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag übernommen, sei in einem zweiten Schritt der Inhalt durch Auslegung zu ermitteln (E. 2.2 Ingress).

[11] Allgemeine Geschäftsbedingungen seien grundsätzlich nach denselben Prinzipien auszulegen wie andere vertragliche Bestimmungen. Entscheidend sei demnach in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien und in zweiter Linie, falls ein solcher nicht festgestellt werden könne, die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips (E. 2.2.1).

Kurzkommentar

[12] Mantraartig wiederholt das Bundesgericht auch im vorliegenden Fall, [\[1\]](#) dass Verträge und damit ebenfalls in sie integrierte Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) subjektiv-objektiv [\[2\]](#) auszulegen seien. Das Vertrauensprinzip kann laut Bundesgericht somit erst angewandt werden, wenn das Gericht keinen übereinstimmenden wirklichen Willen der Vertragsparteien feststellen kann. Diese Aussage trifft das Bundesgericht, nachdem es vorgängig in Bezug auf den Konsens nicht etwa subjektiv-objektiv, sondern nur objektiv vorging, also nur das Vertrauensprinzip anwandte. Das Vertrauensprinzip wandte das Bundesgericht an, um die Anwendbarkeit der Zugänglichkeitsregel und der Ungewöhnlichkeitsregel zu prüfen, die nach seiner Meinung Ausfluss des Vertrauensprinzips sind. [\[3\]](#)

[13] Das ist offensichtlich widersprüchlich, müsste doch das Bundesgericht auch in Bezug auf die Konsensfrage subjektiv-objektiv vorgehen, wobei bei einem festgestellten wirklichen Willen der Vertragsparteien die nach seiner Meinung vertrauensbasierte Zugänglichkeitsregel und die nach seiner Meinung ebenfalls vertrauensbasierte Ungewöhnlichkeitsregel nicht anwendbar wären.

[14] Folglich ist entweder die Abstützung der Zugänglichkeitsregel und der Ungewöhnlichkeitsregel auf dem Vertrauensprinzip oder die subjektiv-objektive Auslegungsmethode oder beides falsch. Nach hier vertretener Auffassung ist in der Tat beides falsch. Einerseits können die Zugänglichkeitsregel und die Ungewöhnlichkeitsregel nicht auf das Vertrauensprinzip gestützt werden. Vielmehr sind die Zugänglichkeitsregel und die Ungewöhnlichkeitsregel Instrumente einer dogmatisch nicht sauber begründeten verdeckten Inhaltskontrolle von AGB. [\[4\]](#) Andererseits sollten Verträge nur objektiv ausgelegt werden. [\[5\]](#) Im vorliegenden Fall versucht das Bundesgericht denn auch gar nicht, eine subjektive Auslegung vorzunehmen, sondern beschränkt sich auf die objektive Auslegung, was sich unter anderem darin zeigt, dass es auch noch die Unklarheitsregel ins Spiel bringt (vgl. E. 2.2.2). [\[6\]](#)

[15] Das Bundesgericht irrt auch darin, wenn es meint, die Konsens- und die Auslegungsfrage sauber voneinander trennen zu können. Das ist rein logisch unmöglich, denn es gibt keinen Konsens ohne Inhalt und keinen Inhalt ohne Konsens.[7] Wie sollte denn beurteilt werden, ob eine Klausel ungewöhnlich ist, ohne dass diese Klausel ausgelegt worden ist und ihr Inhalt feststeht? Entsprechend sind die Konsens- und die Auslegungsfrage ein und dasselbe bzw. gehen ineinander über.[8]

MLaw DELIA ZELLWEGER, Substitutin, Walder Wyss AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

[1] Das referierte Urteil wurde auch besprochen von ANDREA EISNER-KIEFER, *Entscheidbesprechungen*. «Pandemie»-Deckungsausschluss in der Privatversicherung, AJP 2022, S. 643 ff., und STEPHAN FUHRER, *WHO-Pandemiestufen*, HAVE 2022, S. 169 ff.

[2] Bei der subjektiv-objektiven Vertragsauslegung (siehe dazu z.B. Urteil des Bundesgerichts [4A_152/2018](#) vom 29. Juni 2018 E. 3.1) versucht das Gericht in einem ersten Schritt, den wirklichen Parteiwillen mittels empirischer Auslegung festzustellen (= Rekonstruktion des Parteiwillens bzw. *subjektive Auslegung*). Kann das Gericht keinen wirklichen Willen feststellen, ermittelt das Gericht in einem zweiten Schritt den hypothetischen Parteiwillen normativ aufgrund des *Vertrauensprinzips* (= Konstruktion des Parteiwillens bzw. *objektive Auslegung*, die auch «objektivierte Auslegung» oder «objektivierende Auslegung» genannt wird [MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, *Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags*, GesKR 2018, S. 222 ff., S. 227 Anm. 51]). In aller Regel scheitert die subjektive Auslegung, d.h. es gelingt den Gerichten kaum je, den wirklichen Willen festzustellen (FRANZ WERRO, *Le point sur la partie spéciale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil*, SJZ 2020, S. 424 ff., S. 428; CHRISTOPH MÜLLER, *Berner Kommentar*, Bern 2018, Art. 18 [OR](#) N 79 f.; siehe aber das Urteil des Bundesgerichts [4A_80/2021](#) vom 9. November 2021, wo die Vorinstanz den wirklichen Parteiwillen feststellen konnte [siehe dazu FRANZ WERRO, *Contrat de courtage par actes concludants – Interprétation subjective et objective – CO 412*, Nr. 284, BR 2022, S. 164 f.]).

[3] Siehe E. 2.1.3 und 2.1.3.1 zur Basierung der Ungewöhnlichkeitsregel auf dem Vertrauensprinzip; siehe zur Basierung der Zugänglichkeitsregel auf dem Vertrauensprinzip durch das Bundesgericht und die h.L. z.B. ROMAN PERRIG, *Die AGB-Zugänglichkeitsregel*, Diss. Basel 2010 = BSzR Reihe A Band 102, Basel 2011, S. 32 f., 38 und 44 f.

[4] Zum Ganzen z.B. MARKUS VISCHER, *Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG*, AJP 2014, S. 964 ff., S. 964, insbesondere S. 966 f.

[5] MARINA BEELER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Auslegung einer Abtretungsvereinbarung aus Sicht eines unbeteiligten Dritten](#), in: dRSK, publiziert am 25. Mai 2022, Rz. 17; ANDREA HAEFELI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, *Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19*, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), *COVID-19*, Basel 2020, § 1 Rz. 29 und 35; VISCHER (Nr. 4), S. 969 f.; a.M. z.B. ERNST A. KRAMER, *Willenstheorie versus Erklärungstheorie bei der Vertragsinterpretation*, ZSR 2022 I, S. 393 ff., S. 410 f.

[6] Zur Basierung der Unklarheitsregel auf dem Vertrauensprinzip siehe VITO ROBERTO/MARISA WALKER, *AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG*, recht 2014, S. 49 ff., insbesondere S. 53 f.; PERRIG (Nr. 3), S. 48.

[7] Vgl. MARKUS VISCHER, *Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts*, Diss. Zürich 1986 = ZStP Band 52, Zürich 1986, S. 43; WALTHER BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, Nachdruck Zürich 1971, S. 113 f.; siehe auch MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, *Entscheidbesprechungen*. BGer [4A_141/2017](#): Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung, AJP 2017, S. 1393 ff., S. 1403.

[8] VISCHER (Nr. 4), S. 967; siehe zum reinen Auslegungsstreit z.B. Urteil des Bundesgerichts [4C.240/2003](#) vom 3. Dezember 2003 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts [4C.163/2001](#) vom 7. August 2001 E. 2b; GAUDENZ ZINDEL, Reiner Auslegungsstreit und Konsensfrage, SJZ 1982, S. 356 ff.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Zum «Reinen Auslegungsstreit» – Eine Klarstellung, SJZ 1982, S. 230 ff.; MAX KELLER, Die Theorie des sog. «Reinen Auslegungsstreites», SJZ 1982, S. 126 ff.

Zitiervorschlag: Delia Zellweger / Dario Galli / Markus Vischer, Vertragsauslegungsprinzipien des Bundesgerichts in der Sackgasse, in: dRSK, publiziert am 17. Februar 2023

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch