

1. Kapitel: Allgemeine Geschäftsbedingungen

ALEXANDER BRUNNER

Dr. iur., Obergerichter am Handelsgericht des Kantons Zürich,
Privatdozent an der Universität St. Gallen

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	118
B. Grundlagen	119
I. Handelsrecht (Unternehmens-AGB)	119
II. Konsumrecht (Konsumenten-AGB)	122
C. Präventive Kontrolle der AGB	124
I. Präventive Verwaltungskontrolle der AGB (VAG)	124
1. Abstrakte AGB-Kontrolle nach VAG	124
2. Deregulierung des VAG	124
3. Ergebnis	126
II. Konsumenteninformationsrecht (KIG)	127
1. Konditionen-Wettbewerb nach KIG	127
2. AGB-Kollektivverträge nach KIG	128
3. Ergebnis	128
D. Wettbewerbsrechtliche Kontrolle der AGB	130
I. Kartellrecht (KG)	130
1. Abstrakte AGB-Kontrolle nach KG	130
2. Zur aktuellen Praxis der AGB-Kontrolle nach KG	131
3. Ergebnis	132
II. Lauterkeitsrecht (UWG)	132
1. Abstrakte AGB-Kontrolle nach UWG	132
2. Zur aktuellen Praxis der AGB-Kontrolle nach UWG	134
3. Ergebnis	134
E. Vertragsrechtliche Kontrolle der AGB	135
I. Abschlusskontrolle der AGB	135
1. Konkrete AGB-Kontrolle des Vertragsabschlusses	135
2. Auslegungsgrundsatz (Vertrauensprinzip)	136
3. Unklarheitsregel (Erklärungswille)	138
4. Ungewöhnlichkeitsregel (Geschäftswille)	139
5. Ergebnis	141

II.	Inhaltskontrolle der AGB	142
1.	Konkrete AGB-Kontrolle des Vertragsinhalts	142
2.	Indirekte Inhaltskontrolle (Vertrauensprinzip)	142
3.	Direkte Inhaltskontrolle (Gesetzesrecht)	143
4.	Ergebnis	146
F.	Dokumentation der Gesetzgebungsvorstösse zu den AGB	147
I.	Jüngere Vorstösse im Parlament zu den AGB	147
1.	Motion Leemann 1994	147
2.	Parlamentarische Initiative Sommaruga 2002	150
3.	Motion Leuthard 2003	154
4.	Parlamentarische Initiative Sommaruga 2006	155
II.	Aktuelle Empfehlungen von Expertenkommissionen zu den AGB .	156
1.	Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumenten- fragen (EKK) betreffend Allgemeine Geschäftsbedingungen vom 12. Juni 1997	156
2.	Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumenten- fragen (EKK) betreffend Allgemeine Geschäftsbedingungen vom 3. Juni 2003	160
3.	Expertenentwurf Brunner/Rehbinder/Stauder – VE-KSchG 2003	172
4.	Vorentwurf Expertenkommission Totalrevision VVG 2006	179
III.	Vorlage zur Vernehmlassung Teilrevision KIG – Entwurf vom 14. Juli 2005	180
1.	Entwurf vom 14. Juli 2005 zur Änderung des Obligationenrechts	180
2.	Begründung des Entwurfs vom 14. Juli 2005 (Auszug aus den Erläuterungen)	182
3.	Ablehnung durch den Bundesrat am 21. Dezember 2005	187
G.	AGB und Europarecht	188
I.	Zur Frage der Europaverträglichkeit des Schweizer Rechts	188
II.	EU-Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln 1993	189

Literatur: ABEGG ANDREAS, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts; ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit, Zürich 2004; AEPLI VIKTOR, Zur Inhaltsproblematik allgemeiner Geschäftsbedingungen, dargestellt anhand vorformulierter Klauseln von Banken, ZSR 2000 I 85–105; BAUDENBACHER CARL, Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/Genf/München 2001; DERS., Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht, in Baudenbacher Carl u.a., AGB – Eine Zwischenbilanz, St.Gallen/Berlin 1991, S. 17–65, insb. 28 ff. (zit. Ansätze zu einer AGB-Kontrolle); DERS., Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz?, ZBJV 1987, 505–531 (zit. AGB-Gesetz); DERS., Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983; BAUER WALO, Der Schutz vor unbilligen AGB im Schweizerischen Recht, 2. Aufl., Zürich 1980; BELSER EVA MARIA, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg 2000; BRUNNER ALEXANDER, Europäisches Vertragsrecht, FS Walter Ott, Zürich 2008, S. 471–493 (zit. Europäisches Vertragsrecht); DERS., Konsumverträge – Begriff, Typologie und wirtschaftsrechtliche Bedeutung, JKR 2004 (Bern 2007), S. 3–45 (zit. Konsumverträge, Begriff); DERS., Konsumentenschutz im VVG – Postulate des Konsumrechts, in Schnyder Anton K./Weber Stephan (Hrsg.), Totalrevision VVG, Zürich 2006, S. 131–141 (zit. Konsumentenschutz im VVG); DERS., Zur Konsumenteninformation im schweizerischen Recht, FS Stauder, Zürich 2006, S. 51 ff. (zit. Konsumenteninformation); DERS., Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis, ZSR 1999 I 305–333 (zit. AGB-Kontrolle); DERS., Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht (IPR und Verbandsklage), in Stauder Bernd (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, S. 83–126 (zit. AGB, IPR und Verbandsklage); DERS., Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, AJP 1992, 591 ff., insb. 593 f. (zit. Konsumentenvertrag); DERS., Was ist Konsumentenrecht?, JKR 1995, S. 31–57 (zit. Konsumentenrecht); DERS., AGB im IPR, Zürich 1985; BUCHER EUGEN, Vertragsschluss unter Bezugnahme auf Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), in Hönssell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel/Genf/München 2007, S. 42–48; BÜHRER MARC PETER, AGB-Kollisionen, «the battle of the forms» und weitere Probleme beim Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1987; BÜRGI CHRISTOPH, Allgemeine Versicherungsbedingungen im Lichte der neuesten Entwicklung auf dem Gebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1985; DESSEMONTET FRANÇOIS, Internet et e-commerce, in Keller Roberto et al. (Hrsg.), Internet e diritto, Basel/Genf/München 2004, S. 9–44; DERS., Art. 1 N 38–74, in Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire romand. Code des obligations I, Genf/Basel/München 2003, S. 16–25; DERS., Le contrôle judiciaire des conditions générales, in Carruzzo Philippe/Oberson Pierre-André (Hrsg.), La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Lausanne 1988, S. 57–87 (zit. contrôle); DESSEMONTET FRANÇOIS u.a., «Was soll noch Art. 8 UWG?»/«Que reste-t-il de l'article 8 LCD sur les conditions générales?», SAG 1987, 109–117; ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO, 2.A. Bern 1997, S. 166–175 (Les conditions générales); FAVRE-BULLE XAVIER, Le rôle du principe de la bonne foi et de l'abus de droit dans le domaine des clauses abusives, in Widmer Pierre/Cottier Bertil (Hrsg.), Abus de droit et bonne foi, Fribourg 1994, S. 139–179; FORSTMOSER PETER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz – Eine Standortbestimmung, in Giger Hans/Schlupe Walter R. (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982; FREI OLIVER, Der Abschluss von Konsumentenverträgen im Internet, Diss. Zürich 2001; FURRER ANDREAS, Gestaltungsspielräume im Europäischen Vertragsrecht. Vier Thesen für die schweizerische Rechtspraxis, SZIER/RSDIE 2004, 509–530; DERS., AGB als Stolpersteine in der Vertragsgestaltung: die KMU-Problematik, in Girsberger Daniel/Schmid Jörg (Hrsg.), Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich 2003, S. 69–84; GAUCH PETER, Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge, in Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme. Festschrift für Heinrich Hönssell, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 3–27; DERS.; Die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» – Unlauterer Wett-

bewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, BR 1987, 51–60 (zit. «missbräuchliche Geschäftsbedingungen»); GERBER ANDREA, Die Kontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen – schweizerische Vergangenheit, europäische Zukunft?, in Berti Stephen V./Girsberger Daniel (Hrsg.), «nur, aber immerhin». Beiträge zum nationalen und internationalen Wirtschaftsrecht. Festgabe für Anton K. Schnyder, Zürich 2002, S. 57–75; GIGER HANS, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983 (zit. Geltungs- und Inhaltskontrolle); GONZENBACH RAINER, Konsumenten-AGB und kein Ende – oder doch?, recht 1993, 28–30 (zit. Konsumenten-AGB); GROLIMUND PASCAL, Aufsichtsrechtliche und vertragsrechtliche Grundlagen für die Überprüfung Allgemeiner Versicherungsbedingungen, HAVE 2007, 145–161; GUGGENHEIM DANIEL, Les conditions générales des banques, in Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4^e éd., Genève 2000, S. 101–135; GUILLOD OLIVIER/STEFFEN GABRIELLE, Art. 19 und 20 N 79–89, in Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire romand. Code des obligations I, Genf/Basel/München 2003, S. 136–138; GUYET JACQUES, Les conditions générales, les conditions commerciales «abusives» et l’art.8 de la nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, in Antoniazzi François (Hrsg.), Mélanges Assista, Genf 1989, S. 47–68 (zit. conditions générales); DERS., Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG), in Büren Roland von/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. 5. Wettbewerbsrecht, Teilbd. 1. Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1998, S. 233–238 (zit. SIWR V/1); HARTMANN STEPHAN, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung; klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht, Freiburg/Schweiz 2001; HEINRICH HELMUT, Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in Westphalen Friedrich Graf von/Sandrock Otto (Hrsg.), FS Reinhold Trinkner, Heidelberg 1995, S. 157–177; HENNINGER ANTON, Vom Umgang mit AGB, BR/DC 2002, 133–138; HOFER PETER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Gesetz und Praxis in der Schweiz, in Dach (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen in der europäischen Rechtspraxis, Wien 1997, S. 221–231; HOLLIGER-HAGMANN EUGÉNIE, Zweiklassenrecht für AGB und Informationen, Jusletter 19.9.2005, 10 S.; HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Zürich 2004, S. 65–69 (zit. OR AT); HUNGER PATRICK, Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und M-Commerce: Die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme von AGB im Spannungsverhältnis zwischen Technologie und Recht, SZW/RSDA 2002, 161–164; DERS., Allgemeine Geschäftsbedingungen online, in Die Begründung der Geschäftsverbindung im Internet-Banking, Zürich 2000, S. 143–158; JUNOD MOSER DOMINIQUE, Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation. Etude de droit suisse et de droit européen, Basel/Genf/München 2001; DIES., Les conditions générales en droit de la concurrence, sic! 2001, 183–193; KOLLER ALFRED, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in Koller Alfred/Schnyder Anton K./Druey Jean Nicolas (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000, S. 117–119 (zit. OR); DERS.; Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, Bern 2006, 374 ff. (zit. OR AT I); KOLLER THOMAS, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (CISG) – Probleme aus schweizerischer Sicht, in Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme. Festschrift für Heinrich Honsell, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 223–245; DERS., Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – dargestellt anhand einer Deckungsausschlussklausel in der Betriebshaftpflichtversicherung, recht 1999, 43 ff. (zit. Fragen); KOLLER-TUMLER MARLIS, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1995; KOZIOL HELMUT, Bankrecht und Verbraucherschutz, in Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel, Bern 2004, S. 129–154; KRAMER ERNST A., AGB- und Konsumentenkaufvertragsrecht: Das neue europäische Recht als Vorbild für die Schweiz?, ZSR 1999 I 295–303; DERS., Die konsumentenrechtlichen Defizite des schweizerischen Kaufrechts vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsentwicklung, JKR 1998, S. 205 ff. (zit. konsumentenrechtliche Defizite); DERS., Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 3.A., Bern 1986/1991, Art. 1, S. 173–195; Art.19/20, S. 127–141.; DERS., Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, SJZ 1985, 17–25, 33–39 (zit. AGB, Status quo); KUHN MORITZ, Auslegung

Literatur

von Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) unter Mitberücksichtigung von Art. 33 VVG, *in* Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (Hrsg.), *Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme*. Festschrift für Heinrich Honsell, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 567–572; DERS., Was bedeutet die offene Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) gemäss Art.8 neu UWG für die schweizerische Versicherungswirtschaft?, *SVZ* 1987, 275–287 (zit. offene Inhaltskontrolle ABG); LANGER DIRK, *Verträge mit Privatkunden im Internet*, Zürich 2003; LOMBARDINI CARLO, *Droit bancaire suisse*, Zürich/Basel/Genf, 2002, S. 165–171; MATT PETER C., *Das Transparenzgebot in der deutschen AGB-Rechtsprechung: Ein Mittel zur Aktivierung von Art. 8 UWG?*, Basel 1997 (zit. Transparenzgebot); MÜLBERT PETER O., *Das Transparenzgebot des UWG als Instrument der AGB-Kontrolle*, *AJP* 1995, 723–732; NEUMAYER KARL, *La conclusion des contrats d’adhésion dans les pays industrialisés*, Genf 1999; DERS., *Zu Art.8 des neuen UWG – Eine rechtsvergleichende Analyse*, *in* Forstmoser Peter u.a. (Hrsg.), *FS Max Keller*, Zürich 1989, S. 727–741; RONCORONI GIACOMO/SCHÖBI FELIX, *Volenti non fit Iniuria*. Zur Möglichkeit der Freizeichnung nach schweizerischem Recht, *in* Koziol Helmut/Spier Jaap (Hrsg.), *Liber Amicorum Pierre Widmer*, Wien/New York 2003, S. 319–328; REHBINDER MANFRED, *Eugen Ehrlichs Plädoyer für ein soziales Vertragsrecht*, *FS Heinz Rey*, Zürich 2003, S. 279–283 (zit. Eugen Ehrlichs Plädoyer); SCHENK-ENGELER SUZANNE, *Klauselkataloge in einigen neueren europäischen AGB- und Verbraucherschutzgesetzgebungen – Ihre Bedeutung für das schweizerische Recht*, Diss. St.Gallen/Bamberg 1993; SCHMELZER MIKAEL, *Der Konsumentenvertrag*, Diss. St.Gallen 1995; SCHMID JÖRG, *Allgemeine (Vertrags-)Bedingungen*, *in* Gauch Peter (u.a.) (Hrsg.), *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 8. Aufl., Zürich 2003, S. 237–250; DERS., *Auslegung Allgemeiner Vertragsbedingungen*, *in* Gauch Peter (u.a.) (Hrsg.), *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 8. Aufl., Zürich 2003, S. 272; DERS., *Freizeichnungsklauseln*, *in* Honsell Heinrich (u.a.) (Hrsg.), *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts*, Festschrift für Heinz Rey, Zürich 2003, S. 307–318; SCHNYDER ANTON K., *Versicherungsrecht als Konsumentenrecht*, *JKR* 1996, S. 141–156 (zit. Versicherungsrecht); SCHULER ALOIS, *Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Diss. Zürich 1978; SCHWAB KARIN F., *Die Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in elektronisch abgeschlossene Verträge*, Zürich 2001; SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Bern 2003, S. 138–141, 281–293; STAUDER BERND, *Faire Klauseln – eine Utopie*, plädoyer 1999, Heft 5, 21–23; DERS., *Les clauses abusives en droit suisse: situation actuelle et perspectives*, *in* Ghestin Jacques (Hrsg.), *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, Paris 1991, 281–298; DERS., *Unfair Contract Terms in Swiss Law. The Current Situation and Perspectives*, *ECLJ* 1991, 138–153; DERS., *Die AGB der Reiseveranstalter*, *in* Baudenbacher Carl u.a. (Hrsg.), *AGB – Eine Zwischenbilanz*, St.Gallen/Berlin 1991, S. 139–222 (zit. AGB der Reiseveranstalter); DERS., *Die AGB-Verbandsklage nach dem UWG-Entwurf*, *in* Gilliard François u.a. (Hrsg.), *Konsumentenschutz – wie weiter?/Défense des consommateurs: Quel progrès?*, Bern 1985, S. 73–91 (zit. AGB-Verbandsklage); STICHER WALTER, *Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem*, Diss. St.Gallen, Luzern 1981; STÖCKLI HUBERT, *Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung; ein Beitrag zum Kartellzivilrecht*, Freiburg/Schweiz 1999; TERCIER PIERRE, *Les contrats spéciaux*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, S. 120–123, 160–164; TOLLER MARCO, *Schuldrechtliche Folgen der Verletzung von Art. 8 UWG*, *in* Europa Institut Zürich (Hrsg.), *Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht. Zur Emeritierung von Walter R. Schlupe*, Zürich 1995, S. 51–72; WEBER-STECHER URS M., *Internationales Konsumvertragsrecht*, Diss. Zürich 1997; WESSNER PIERRE A., *Le consommateur final face aux contrats d’adhésion: le dispositif – insuffisant – de la protection civile*, *in* Gilliard François et al. (Hrsg.), *Konsumentenschutz – wie weiter?/Défense des consommateurs: Quel progrès?*, Bern 1985, S. 57–72; WIEGAND Wolfgang, *Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, *in* Honsell Heinrich u.a. (Hrsg.), *Privatrecht und Methode*. Festschrift für Ernst Kramer, Basel/Genf/München 2004, S. 331–343; ZÄCH ROGER, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., Bern 2005.

A. Einleitung

Zur Thematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen besteht eine umfangreiche *Rechtsprechung*, die auch von der *Lehre* kritisch begleitet wird. Eine entsprechende Zusammenfassung¹ unter allen relevanten Gesichtspunkten wurde vor knapp zehn Jahren vorgelegt. In der Zwischenzeit hat sich mit Bezug auf die dogmatischen Fragen im schweizerischen Recht nicht viel verändert. Die Rechtsprechung wurde nach dem bisherigen Standard fortgesetzt und die Lehre hat an der kritischen Beurteilung der Gesetzgebung hinsichtlich der AGB festgehalten. Eine neue Entwicklung kann indessen insoweit ausgemacht werden, als die Bemühungen für eine solche Gesetzgebung intensiviert wurden, bislang jedoch noch nicht in das geltende Recht überführt werden konnten.

Aus diesem Grunde schreibt der vorliegende Beitrag vorerst die Entwicklung von Rechtsprechung und Lehre fort² und ergänzt diese aktualisierte Darstellung mit der umfangreichen Dokumentation einer Vielzahl von einschlägigen Gesetzgebungsvorstössen³ zu den AGB. Letzteres erscheint insofern sinnvoll, als diese Materialien für die Fortentwicklung des schweizerischen Rechts der AGB wesentliche Anstösse vermitteln können und die Zeit reif ist für einen endgültigen Entscheid des Gesetzgebers. Insbesondere die unterschiedliche Rechtslage in der Schweiz und der Europäischen Union führt im Rechtsverkehr stets von Neuem zu Disparitäten, die beseitigt werden sollten. Letzteres betrifft vor allem die Verwendung von AGB gegenüber schweizerischen oder ausländischen Konsumenten. Aus diesem Grunde wird auch ein kurzer Blick auf die EU-Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln geworfen.⁴

Die Rechtsprechung hat in wegweisenden Entscheiden eine Entwicklungslinie vorgezeichnet, die *von der formellen zur materiellen Vertragsgerechtigkeit* hinführt. Diese Entwicklung betrifft eine Klarstellung des Verhältnisses zwischen Vertrauensprinzip und Unklarheitsregel;⁵ eine Verdeutlichung der Ungewöhnlichkeitsregel für den Branchen-Unkundigen im Handelsrecht,⁶ was in vielen Fällen auch auf Konsumentinnen und Konsumenten zutreffen dürfte; die folgerichtige Bestätigung dieser Rechtsprechung auch für den Anwendungsbereich des Konsumrechts,⁷ was von der Lehre⁸ lebhaft begrüsst wurde; sodann die Inhaltskontrolle

¹ BRUNNER, AGB-Kontrolle, ZSR 1999 I 305–333.

² Vgl. nachfolgend C.–E., S. 124 ff.

³ Vgl. nachfolgend F., S. 147 ff.

⁴ Vgl. nachfolgend G., S. 188 ff.

⁵ BGer, 7.3.1996 = BGE 122 III 118.

⁶ BGer, 6.12.1983 = BGE 109 II 452. vgl. dazu: KRAMER/PROBST, S. 81 ff.

⁷ BGer, 5.8.1993 = BGE 119 II 443.

⁸ FAVRE-BULLE XAVIER, Note de jurisprudence. Tribunal fédéral, 1^{re} Cour civile, 5 août 1993, A. SA c. S., ATF 119 II 443, SJ 1994, 637–652; KRAMER ERNST A., Urteilsanmerkungen zu BGE 119 II 443, AJP 1994, 639 ff.; WIEGAND WOLFGANG, Urteilsanmerkungen zu BGE 119 IV 443, ZBJV 1995, 348 ff.

von AGB über die Schadensabwälzung auf Konsumenten;⁹ und schliesslich die Rechtsprechung zum Tatbestand der Übervorteilung,¹⁰ die eine Hinwendung zur materiellen Vertragsgerechtigkeit aufzeigt und für die Beurteilung der AGB vor allem im Konsumrecht entscheidende Impulse bringt. Die aufgezeigte Entwicklungslinie betrifft die AGB-Kontrolle im Vertragsrecht. Entscheidend sind aber auch weitere Möglichkeiten ihrer Beurteilung, die mit dem Vertragsrecht in einem engen Zusammenhang stehen und nicht unbeachtet bleiben dürfen.

Es geht dabei um die *vorvertragliche* Phase der Beziehung zwischen AGB-Verwender und Gegenpartei, insbesondere um die *präventive* und die *wettbewerbsrechtliche* AGB-Kontrolle, die der *vertragsrechtlichen* AGB-Kontrolle vorgelagert ist und oft vernachlässigt wird, weil die entsprechenden Rechtsnormen nicht im Obligationenrecht (OR), sondern in besonderen Gesetzen geregelt sind (VAG, KIG, KG, UWG). Die verschiedenen Gesetze betreffen jedoch eine einheitliche Problemlage: Das strukturelle Ungleichgewicht der Parteien als Folge eines möglichen Informations- und Machtgefälles. Ein solches zeigt sich in der Praxis vor allem bei der Beurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und ruft nach einer ausgleichenden Kontrolle durch die Gerichte gestützt auf die Leitlinien der Gesetzgebung. Im Aufsichts- und Wettbewerbsrechts erfolgt die AGB-Kontrolle und der Ausgleich *abstrakt*, was bedeutet, dass die Entscheide von Verwaltungen und Gerichten für eine Vielzahl von Fällen Wirkungen entfalten. Im Vertragsrecht jedoch erfolgt die AGB-Kontrolle *konkret*, was bedeutet, dass ein Urteil nur für den Einzelfall Geltung beanspruchen kann. In dieser Einzelfallgerechtigkeit des Vertragsrechts liegt denn auch das eigentliche Problem, werden doch AGB wirtschaftlich und rechtlich für eine Vielzahl von Geschäftskontakten verwendet. Die vertragsrechtliche AGB-Kontrolle darf daher nie die aufsichts- und wettbewerbsrechtliche AGB-Kontrolle aus den Augen verlieren. Die unterschiedliche Verhandlungsmacht der Parteien als Thema des Kartell- und Lauterkeitsrechts prägt als Hintergrund auch die Gewährleistung der Vertragsfreiheit, den Vertrauensgrundsatz, das Rechtsmissbrauchsverbot und den Übervorteilungstatbestand im Vertragsrecht.

B. Grundlagen

I. Handelsrecht (Unternehmens-AGB)

Mit Bezug auf die Beurteilungskriterien der AGB erscheint zunächst die Unterscheidung zwischen Handelsrecht und Konsumrecht als wesentlich. Es spielt eine

⁹ BGer, 18.11.1986 = BGE 112 II 450.

¹⁰ BGer, 26.6.1997 = BGE 123 III 292.

Rolle, ob AGB im Rahmen von Handelsgeschäften oder von Konsumverträgen verwendet werden, wobei im vorliegenden Zusammenhang der Begriff der AGB¹¹ definiert wird als generell und abstrakt formulierte Klauseln, die zum Voraus zum Zwecke aufgestellt wurden, um damit eine unbestimmte Vielzahl künftiger Verträge mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern zu regeln.

Bei der Beurteilung von Unternehmens-AGB kann grundsätzlich¹² von einem strukturellen *Gleichgewicht der Parteien* ausgegangen werden. Die Unternehmens-AGB, auch Kaufmanns-AGB¹³ genannt, werden zwar ebenfalls von einer Partei generell-abstrakt für eine Vielzahl von Vertragsabschlüssen vorformuliert. Der AGB-Verwender trifft im Handelsrecht jedoch in der Regel auf eine Gegenpartei mit einem ausreichenden Informationsstand und einer ebenbürtigen Verhandlungsmacht, was nicht selten zu einem Kampf der Formulare¹⁴ führt (battle of the forms).

Unternehmens-AGB finden sich in allen Wirtschaftssektoren; die Gerichte hatten sich u.a. mit folgenden Fällen zu befassen – Reihenfolge nach Obligationenrecht:

- Zahlungsvereinbarung «100% WIR»;¹⁵
- Kauf eines Bäckereiofens mit Verrechnungsverzicht;¹⁶ Autohandel;¹⁷ internationaler Kaufvertrag;¹⁸
- Mietvertrag zwischen SBB und Garage-Unternehmen;¹⁹ Finanzierungsleasing für Investitionsgüter;²⁰
- Bau einer Hühnerfabrik;²¹ Werkvertrag über Hausbau;²²
- Gewerbemässige Auktion;²³
- Speditions- und Frachtvertrag;²⁴ internationaler Frachtvertrag;²⁵
- Automatenaufstellungsvertrag;²⁶

¹¹ BK-KRAMER, Art. 1 OR N 181; KOLLER ALFRED, OR ATI, S. 374ff.; BGer, 28.11.2002 = 4P.135/2002, E. 3.1.; vgl. dazu auch einen Anwendungsfall im Arbeitsrecht: OGer ZH, 2.8.1988 = ZR 1991 Nr. 2 E. 5f., AGB des kaufmännischen Vereins (KV).

¹² Es ist zu betonen *grundsätzlich*, denn es gibt *Ausnahmen* auch im Handelsrecht. Dies zeigt sich besonders auffällig im Kartellrecht, das sich zentral mit dem *Problem der privaten Wirtschaftsmacht* befasst; vgl. für viele: ZÄCH, S. 256ff. und 413ff.

¹³ BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 298; DERS., AGB, Status quo, SJZ 1985, 17–25, 33–39, insb. 18 Fn. 4 m.H. auf MERZ; BAUDENBACHER, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle, S. 17–65, insb. 27ff.

¹⁴ BÜHRER MARC PETER, Diss. Zürich 1997.

¹⁵ BGer, 25.5.1993 = BGE 119 II 227–231 = Pra 83 Nr. 246.

¹⁶ BGer 21.6.1983 = BGE 109 II 213.

¹⁷ KantGer SG, 16.1.1994 = SJZ 1996, 153.

¹⁸ HGer ZH 17.6.1994 = SJZ 1994, 332.

¹⁹ BGer, 1.12.1982 = BGE 108 II 418.

²⁰ BGer, 30.4.1992 = Pra 82 Nr. 39.

²¹ BGer, 6.12.1983 = BGE 109 II 452.

²² HGer ZH, 29.5.1985 = ZR 1985 Nr. 103.

²³ BGer, 4.11.1986 = BGE 112 II 337–346, 340 = Pra 76 Nr. 64.

²⁴ ZivilG BS, 14.2.1989 = BJM 1991, 289ff.

²⁵ AppGer BS, 14.1.1985 = SJZ 1985, 289ff.

²⁶ BGer, 13.8.1991 = BGE 117 II 332 = Pra 82 Nr. 70.

B. Grundlagen

- Bank-Geschäftskonto einer AG;²⁷ Geschäfts-Kontokorrent;²⁸ Bank-Kontokorrent-Kredit eines Architektenkonsortiums;²⁹ AGB-Pfandklausel bei Lombard-Kredit;³⁰ AGB-Pfandklausel bei Unternehmens-Krediten;³¹ AGB-Pfandklausel mit Wegbedingung der nichtkonkursrechtlichen Pfandverwertung;³² Risikoüberwälzung im Checkverkehr;³³
- Betriebshaftpflichtversicherung;³⁴ Unternehmens-AGB in Versicherungsvertrag;³⁵
- AGB-Gerichtsstandsklausel allgemein;³⁶ AGB-Gerichtsstandsklausel im internationalen Geschäftsverkehr;³⁷ AGB-Gerichtsstandsklausel in Agenturvertrag;³⁸
- AGB-Schiedsklausel im internationalen Geschäftsverkehr;³⁹ AGB-Schiedsklausel auf Konnossement;⁴⁰
- Vollstreckung eines ausländischen Urteils in der Schweiz.⁴¹

Bei der Analyse dieser reichhaltigen Rechtsprechung zu den *Unternehmens-AGB* zeigt sich nun eine auf den ersten Blick erstaunliche Tatsache: Die integrale Anwendung der *Lehre von der schwächeren Vertragspartei*⁴² in bestimmten Einzelfall-Konstellationen. Bei näherer Betrachtung kann daraus der Schluss gezogen werden, dass das Faktum der einseitigen Vertragsgestaltung durch den AGB-Verwender auch im *Handelsrecht* nicht einfach hingenommen wird. Vielmehr berücksichtigt die Praxis gestützt auf Art. 2 ZGB in Ausnahmefällen konkrete Ungleichgewichtslagen, die der normalen Typologie im Handelsrecht widersprechen. Dies gilt umso mehr im allgemeinen Privatrecht:⁴³ «Die Mehrzahl der Bürger ist ihren Vertragspartnern nicht gewachsen: Vom *Aushandeln der Vertragsklauseln* kann –

²⁷ BGer, 12.7.1983 = BGE 109 II 116.

²⁸ OGer SO, 28.4.1992 = SJZ 1995, 54.

²⁹ OGer BL, 17.8.1993 = BJM 1994, 236 ff.

³⁰ BGer, 30.8.1993 = BGE 119 II 344–346.

³¹ OGer BL, 29.11.1994 = BJM 1995, 311 ff.; HGer ZH, 27.6.1995 = ZR 1996 Nr. 48.

³² OGer BL, 31.8.1993 = BJM 1995, 139 ff.

³³ BGer, 18.12.1995 = BGE 122 III 26–33 = JKR 1997, S. 516 ff., mit Anm. von FRICKER HANS, AJP 1996, 1165 ff. und BUCHER EUGEN, Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr? Ein weiteres Mal Bemerkungen zu den AGB der Banken, recht 1997, 41–56.

³⁴ BGer, 4.5.1992 = BGE 118 II 342.

³⁵ BGer, 7.3.1996 = BGE 122 III 118–124; BGer, 6.6.2002 = 5C.53/2002.

³⁶ BGer, 6.8.1992 = BGE 118 Ia 294 = Pra 82 Nr. 230.

³⁷ HGer ZH, 4.11.1994 = ZR 1995 Nr. 39; HGer ZH, 9.1.1996 = ZR 1996 Nr. 96.

³⁸ BezGer Bülach, 6.9.1989 = ZR 1990 Nr. 83.

³⁹ HGer ZH, 25.8.1992 = ZR 1992 Nr. 23; vgl. dazu auch HGer ZH, 14.12.1989 = ZR 1990 Nr. 86.

⁴⁰ BGer, 16.1.1995 = Pra 84 Nr. 205.

⁴¹ KantGer GR, 29.5.1990 = PKG 1990, 193 ff.

⁴² WESSNER PIERRE A., Les contrats d'adhésion: quelle protection pour la partie réputée la plus faible?, ZSR 1986 I 161–193.

⁴³ ZÄCH ROGER, Privatrechtliches Gesetz – soziale Ordnungsmacht, SJZ 1978, 181–191.

zu denken ist an die Geschäfte des Massenverkehrs – kaum je die Rede sein». ... «Einmal sind die Vertragsbedingungen für ganze Branchen (Versicherungen, Banken, Wohnungsmarkt, Autogewerbe, usw.) vielfach «kartellistisch» festgelegt. Dazu kommt, dass die Freiheit, einen Vertrag abzuschliessen, bei gewissen Geschäften wie Wohnungsmiete, Versicherungen, Kauf von dauerhaften Konsumgütern häufig nicht gegeben ist ... Damit ist nicht gesagt, dass unser heutiges Vertragsrecht ausgespielt hat. Es funktioniert überall dort, wo sich *ungefähr gleiche Partner gegenüberstehen*»⁴⁴. Kriterium der AGB-Kontrolle ist m.a.W. die faktische Möglichkeit des *Aushandelns*. Wo diese Möglichkeit nicht gewährleistet ist, besteht die Vertragsfreiheit nur formal, weshalb die materielle Vertragsgerechtigkeit durch Gesetz und Rechtsprechung gewahrt werden muss.

II. Konsumrecht (Konsumenten-AGB)

Dies führt zum Bereich des Konsumrechts⁴⁵ bzw. zu den *Konsumenten-AGB*⁴⁶. Der AGB-Verwender trifft im Konsumrecht *typischerweise* auf eine Gegenpartei mit einem geringeren Informationsstand und einer schwächeren Verhandlungsmacht, eine Erkenntnis, die im Übrigen schon sehr früh festgestellt wurde.⁴⁷ Es besteht ein strukturelles Ungleichgewicht⁴⁸ zwischen den Parteien, zwischen Anbieter und Konsument. Die Praxis hatte dabei folgende Fälle mit Konsumenten-AGB zu entscheiden:

- Kauf eines Personenwagens;⁴⁹
- Auto-Mietvertrag mit Vollkasko-Klausel;⁵⁰
- Hausbau für privaten Bauherrn;⁵¹
- Internationaler Reisevertrag, Auslegung der IATA-Bedingungen als AGB;⁵²
Reisevermittlung;⁵³

⁴⁴ ZÄCH ROGER, (Fn. 43), SJZ 1978, 188, Hervorhebung durch den Verfasser.

⁴⁵ Vgl. zu diesem neuen Terminus: WEBER-STECHER, S. 2–4; BRUNNER, Konsumverträge, Begriff, JKR 2004, S. 3.

⁴⁶ BAUDENBACHER CARL, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle, S. 17–65, inbs. 28ff.; GONZENBACH, Konsumenten-AGB, recht 1993, 28–30; GUGGENHEIM, S. 101–135; KOLLER-TUMLER, S. 107–117; BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 299–301; DERS., konsumentenrechtlichen Defizite JKR 1998, S. 205ff.; SCHENK-ENGELER, Diss.; WESSNER, S. 57–72. Zum Pauschalreise-recht vgl. insb.: STAUDER, AGB der Reiseveranstalter, S. 139–222.

⁴⁷ REHBINDER, Eugen Ehrlichs Plädoyer, S. 279–283.

⁴⁸ Vgl. dazu BRUNNER, Konsumentenrecht, JKR 1995, S. 31–57, insb. 45ff.; «strukturell» bedeutet hier die *typischerweise* gegebene *Rechtstatsache* der Gleichheit bzw. Ungleichheit von Personen im Geschäftsverkehr; DERS., Konsumverträge, Begriff, JKR 2004, S. 22ff.

⁴⁹ BGer, 22.5.1990 = BGE 116 II 431–435 = Pra 79 Nr. 271.

⁵⁰ BGer, 5.8.1997 = Pra 87 Nr. 9.

⁵¹ BGer, 26.2.1997 = Pra 86 Nr. 164.

⁵² BezGer ZH, 16.5.1989 = SJZ 1990, 214ff, inbs. 216f.

⁵³ KantGer SG, 21.11.1984, SJZ 1986, Nr.36 = JKR 1995, S. 296.

- Haftungsausschlussklauseln in Banken-AGB;⁵⁴ Bankvertrag, Banklagerndvereinbarung;⁵⁵ Banksparvertrag/Sparheft, Entbindung von der Identitätsprüfung des vorweisenden Inhabers des Sparheftes;⁵⁶ Anlagesparkonto;⁵⁷ «Hobby-Börsianer»;⁵⁸ Brokergeschäfte, Auftrag;⁵⁹ Bankdepotvertrag mit Privatkunde;⁶⁰ Eurocheck-Vertrag/EC-Karte;⁶¹
- Versicherungsvertrag;⁶² Krankenkassenvertrag;⁶³ Rechtsschutzversicherung für Privaten;⁶⁴ AGB-Haftungsausschlussklausel in Vollkaskoversicherung bei Automiete;⁶⁵ Vollkasko-Autoversicherung;⁶⁶
- AGB-Gerichtsstandsklausel in Fernkursvertrag.⁶⁷

Für die Beurteilung von Konsumenten-AGB ist nun entscheidend, dass bei der Abschluss- und Inhaltskontrolle das typische Macht- und Informationsgefälle zwischen Anbieter und Konsument berücksichtigt wird. Es gilt hier – als heuristisches Prinzip⁶⁸ und als Anwendungsfall des Vertrauensgrundsatzes – das konsumrechtliche Ungleichgewichtsprinzip.⁶⁹ Die Lehre von der schwächeren Vertragspartei wird auf diese Weise auch im Konsumrecht konkretisiert.

⁵⁴ BGer, 10.11.2006 = 4C.158/2006, E. 2.3; BGer, 18.11.1986 = BGE 112 II 450 = Pra 76 Nr. 144, übernommen im Entscheid des BezGer Horgen, 11.3.1992 = SJZ 1994, 66f.; vgl. auch: KOZIOL, S. 129–154.

⁵⁵ HGer ZH, 9.12.1988 = ZR 1989 Nr. 48.

⁵⁶ BGer, 12.10.1990 = Pra 79 Nr. 272.

⁵⁷ BezGer Horgen, 11.3.1992 = SJZ 1994, 65.

⁵⁸ BGer, 15.3.1994 = BGE 120 II 42–46.

⁵⁹ BGer, 7.10.1997 = BGE 124 III 155–166 = JKR 1998, S. 491–496.

⁶⁰ OGer ZH, 24.8.1995 = ZR 1997 Nr. 102.

⁶¹ BGer, 9.7.1996 = BGE 122 III 373 = Pra 86 Nr. 25 = JKR 1997, S. 519; vgl. Anm. von BUCHER, Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr? Ein weiteres Mal Bemerkungen zu den AGB der Banken, recht 1997, 41–56, insb. 55 f.

⁶² BezGer Affoltern/ZH, 22.6.1986 = SJZ 1987, 381 f.

⁶³ BezGer ZH, 24.2.1987 = ZR 1988 Nr. 53.

⁶⁴ BGer, 1.7.1993 = BGE 119 II 368.

⁶⁵ BGer, 5.8.1993 = BGE 119 II 443 ff., 446 E. 1a = Pra 83 Nr. 229 = SemJud 1994, 637 ff. = JKR 1996, S. 389 ff.; vgl. Nachweise zu Urteilsanmerkungen, vorstehend Fn. 5.

⁶⁶ KantGer VS, 27.3.1996 = RVJ 1996, 257 ff.

⁶⁷ AmtGer Luzern-Stadt, 10.1.1989 = JKR 1995, S. 256 ff.

⁶⁸ BRUNNER, Konsumentenrecht, JKR 1995, S. 31–57, insb. 51; DERS., Konsumverträge, Begriff, JKR 2004, S. 22 Fn. 30 m.w.H.

⁶⁹ BezGer ZH, 30.6.1988 = ZR 1989 Nr. 27 = SJZ 1989, 249 ff.; BRUNNER, Konsumentenvertrag, 591 ff., insb. 593 f.; KOLLER-TUMLER, S. 212 f.; SCHMELZER, S. 47 ff., 245 ff.; WEBER-STECHER, S. 82 ff.

C. Präventive Kontrolle der AGB

I. Präventive Verwaltungskontrolle der AGB (VAG)

1. Abstrakte AGB-Kontrolle nach VAG

Dieser Gedanke führte bereits vor 100 Jahren zum ersten Konsumentenschutzgesetz, d.h. zur Versicherungsaufsicht⁷⁰. Die Versicherer nutzten die ursprünglich herrschende Vertragsfreiheit schamlos zu ihren Gunsten⁷¹ aus, weshalb nicht nur in der Schweiz Schranken gesetzt wurden. In unserem Zusammenhang interessieren vor allem die Marktzulassungs-Kontrollen für AGB, d.h. für Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB). Es handelt sich um eine abstrakte AGB-Kontrolle,⁷² die *vor* der Marktzulassung der Versicherungsdienstleistung erfolgt und Wirkungen für eine Vielzahl von Geschäftskontakten der Marktteilnehmer entfaltet.

In der heute aufgehobenen Fassung (Eurolex-Swisslex 1992) von Art. 8 Abs. 1 lit. f altVAG⁷³ wurde festgehalten, dass die Anbieter von Versicherungen der Aufsicht «die in der Schweiz zu verwendenden genehmigungspflichtigen Tarife und übrigen Versicherungsmaterialien» einzureichen haben. Nach Art. 17 Abs. 2 altVAG schritt die Aufsicht «gegen Missstände ein, welche die Interessen der Versicherten gefährden». Die Aufsicht war damit umfassend ausgestaltet und betraf insbesondere die Vorlage der AGB zur abstrakten Kontrolle⁷⁴ durch die Verwaltung. Diese generelle präventive Prüfung der AGB ist in der neuesten Fassung des Versicherungsaufsichtsgesetzes nicht mehr gegeben.

2. Deregulierung des VAG

Die Deregulierung der Versicherungsaufsicht, die ursprünglich auf die sog. Grossrisiken im Bereich des Handelsrechts beschränkt werden sollte, erfasst heute auch die sog. Massenrisiken im Bereich des Konsumrechts. Dahinter steht ein Paradig-

⁷⁰ SCHNYDER, *Versicherungsrecht*, JKR 1996, S. 141–156. Zum Problem der AVB vgl. insb.: BÜRGI, *Diss.*; KOLLER THOMAS, *Fragen, recht* 1999, 43 ff.

⁷¹ PFUND PETER, *Liberalisierung der Versicherungsmärkte – rechtliche und wirtschaftliche Aspekte*, ZBJV 1992, 319 ff., insb. 322.

⁷² GEMPERLE MARKUS, *Das Zusammenspiel zwischen Versicherungsaufsicht und Kartellrecht im schweizerischen Recht*, *Diss.* St.Gallen 1990, S. 159.

⁷³ BG vom 23. Juni 1978 betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (Versicherungsaufsichtsgesetz/VAG) (SR 961.01). Vgl. zu den VAG-Anpassungen: BRUNNER ALEXANDER et al., *Dokumentation der Gesetzgebung*, JKR 1995, S. 143 f.; JKR 1996, S. 239 f.; JKR 1998, S. 315 f.

⁷⁴ Zum vormaligen Umfang der präventiven AGB-Kontrolle, vgl. JKR 1996, S. 240. BÜRGI, *Diss.*

ma-Wechsel des *Konsumentenleitbildes*, d.h. die Änderung der Vorstellung vom sog. unmündigen Kunden hin zum aufgeklärten und informierten Konsumenten als autonomer Marktteilnehmer. Der Konsument ist nach dieser Konzeption im Verhältnis zu den Anbietern «selbstbewusster, kritischer und gewandter geworden. Er ist heute besser in der Lage, zu vergleichen, zu würdigen, sich zu wehren.»⁷⁵

Die präventive AVB-Kontrolle ist aber auch im neuen VAG,⁷⁶ das am 1. Januar 2006 in Kraft getreten ist, nicht vollständig abgeschafft worden. So sind nach Art. 4 Abs. 2 lit. r VAG die Tarife und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, welche in der Schweiz verwendet werden, bei der Aufsicht vorab in den folgenden Fällen zur Prüfung einzureichen: Bei der Versicherung von sämtlichen Risiken in der *beruflichen Vorsorge* und in der *Zusatzversicherung* zur sozialen Krankenversicherung.

Nach wie vor gilt jedoch im Versicherungsrecht, was nicht mit der präventiven Kontrolle verwechselt werden darf, eine *generelle abstrakte AVB-Kontrolle im Sinne eine Nachmarkt-Überprüfung bei Missbräuchen* von Versicherungsunternehmen. So schützt die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG die Versicherten gegen Missbräuche der Versicherungsunternehmen und – vermittler. Gestützt auf diese Gesetzesnorm hat der Bundesrat folgerichtig Art. 117 AVO⁷⁷ erlassen. Als Missbrauch gelten Benachteiligungen von Versicherten oder Anspruchsberechtigten, wenn sie sich wiederholen oder einen breiten Personenkreis betreffen könnten, namentlich (Art. 117 Abs. 1 lit. b AVO) die Verwendung von Vertragsbestimmungen, die gegen zwingende Normen des Versicherungsvertragsgesetzes oder gegen zwingenden Normen anderer Erlasse, die auf den Vertrag anwendbar sind, verstossen sowie (Art. 117 Abs. 1 lit. c AVO) die Verwendung von Vertragsbestimmungen, welche eine *der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten* vorsehen.

Diese gesetzeskonforme Bestimmung auf Verordnungsstufe ist sehr zu begrüßen, da sie als sachgerecht⁷⁸ erscheint und auch die Bemühungen der entsprechenden Expertenkommissionen wieder spiegelt. Nach den Vorschlägen der ERSTEN EXPERTENKOMMISSION zum Versicherungsrecht wurde Art. 20 VE-VAG 1998 wie folgt formuliert: «Die Aufsichtsbehörde schützt Versicherte vor Missbräuchen. Missbräuchliches Verhalten liegt dann vor, wenn ein Versicherungsunternehmen gegen zwingende Bestimmungen der Versicherungsgesetzgebung verstösst oder in schwerwiegender Weise zum Nachteil einer Vielzahl von Versicherten handelt.»⁷⁹ Die flächendeckende abstrakte AGB-Kontrolle als Marktzulassungsschranke für

⁷⁵ PFUND PETER, (Fn. 71), ZBJV 1992, 326. Vgl. zur weiteren Entwicklung: GERBER, S. 57–75.

⁷⁶ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) vom 17. Dezember 2004 (SR 961.01).

⁷⁷ Verordnung vom 9. November 2005 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AVO) SR 961.011. Vgl. dazu: GROLIMUND, 145 ff.

⁷⁸ Vgl. eingehende Begründung vorstehend B., S. 119 ff.

⁷⁹ BUNDESAMT FÜR VERSICHERUNGSWESEN, *Vorentwurf* zur Revision des Aufsichtsrechts betreffend die privaten Versicherungsunternehmen (VAG), Bern 1998, S. 6.

Versicherungsdienstleistungen, d.h., die präventive Kontrolle, fand sich im Vorentwurf 1998 jedoch nicht mehr. Gleichwohl wäre eine abstrakte AGB-Kontrolle dann möglich geworden, wenn ein Anbieter gegen zwingendes Recht verstossen oder sonst in schwerwiegender Weise zum Nachteil einer Vielzahl von Versicherten gehandelt hätte. Dies war nach den Erwägungen des Vorentwurfs 1998 dann der Fall, wenn AGB verwendet werden, welche die Versicherten schwer benachteiligen.⁸⁰

Die ZWEITE EXPERTENKOMMISSION zur Totalrevision des Versicherungsvertragsrechts legte ihren Vorentwurf zum neuen VVG 2006⁸¹ vor. Zutreffend vertrat sie die Auffassung, dass sich die Problematik der AGB nicht nur im Versicherungsrecht stellt. Aus diesen Gründe wird neu eine Ergänzung des Obligationenrechts⁸² vorgeschlagen, die für alle Anbieter-Branchen gelten soll. Nach Art. 20a E-OR (gemäss VE-VVG 2006) sind Bestimmungen in vorformulierten Allgemeinen Vertragsbedingungen «missbräuchlich und unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung ist namentlich dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundsätzen der gesetzlichen Regelung, von der zu Lasten des Vertragspartners abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.» Dieser Vorschlag ist mit den bisherigen Bemühungen des Gesetzgebers vereinbar. Denn Art. 8 lit. b UWG qualifiziert AGB dann als missbräuchlich, wenn sie «eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten» zum Nachteil einer Partei vorsehen.

3. Ergebnis

Im Ergebnis kann demnach Folgendes festgehalten werden: Durch die Deregulierung des VAG ist die abstrakte *präventive Kontrolle*⁸³ der AVB durch die Verwaltungsbehörden (Aufsicht) erheblich abgeschwächt worden. Bei der abstrakten *Nachmarktkontrolle* wurde die Kompetenz der Versicherungsaufsicht jedoch mit dem vorstehend zitierten neuen Art. 117 Abs. 1 AVO gestärkt. Für die betroffenen Konsumentkreise ist es nach geltendem Recht daher im *Versicherungsvertragsrecht* vorteilhafter, den Weg des Verwaltungsverfahrens und nicht etwa des Zivilverfahrens einzuschlagen, um missbräuchliche AVB-Klauseln überprüfen zu lassen. Stossend ist an diesem Ergebnis allerdings, dass alle anderen Wirtschaftsbranchen ohne eine solche Nachmarktkontrolle von AGB verbleiben. Dies gilt umso

⁸⁰ BUNDESAMT FÜR VERSICHERUNGSWESEN, *Erläuternder Bericht* zu den Vorentwürfen, Bern 1998, S. 14.

⁸¹ Vgl. dazu: SCHNYDER/WEBER (Hrsg.), *Totalrevision VVG*, Zürich 2006.

⁸² BRUNNER, *Konsumentenschutz im VVG*, S. 131 ff., insb. 136 f.

⁸³ Zur beschränkten Wirkung der präventiven Verwaltungskontrolle von AGB, vgl. KRAMER, *AGB, Status quo*, SJZ 1985, 17–25, 33–39, insb. 33 f.

mehr, als nach absolut herrschender Meinung der Lehre der zitierte Art. 8 UWG nahezu wirkungslos ist, worauf zurückzukommen sein wird.⁸⁴

Geht man sodann vom Konsumentenleitbild des «selbstbewussten, kritischen und gewandten Marktteilnehmers aus, der in der Lage ist, zu vergleichen, zu würdigen und sich zu wehren», so setzt dies ein *wirksames* Konsumenteninformationsrecht voraus, andernfalls bleibt der Wunsch der Vater des Gedankens.

II. Konsumenteninformationsrecht (KIG)

1. Konditionen-Wettbewerb nach KIG

Das schweizerische Konsumenteninformationsgesetz (KIG)⁸⁵ verlangt einen solchen transparenten Konditionen-Wettbewerb. Die Lenkungs-Entscheide der Konsumenten am Markt sind nur möglich, wenn sowohl Entscheidungsfreiheit als auch Konsumenteninformation gegeben sind. Die Entscheidungsfreiheit wird durch das Kartellgesetz gewahrt, die dafür notwendige Information durch das KIG.

Die Mündigkeit der Konsumenten setzt ihre Informiertheit voraus, und zwar nicht nur theoretisch, sondern praktisch. Sie müssen die reale Möglichkeit haben, sich rasch und einfach über den Inhalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu informieren und diese zu vergleichen. Die Markttransparenz ist eine der tragenden Säulen für einen funktionierenden Wettbewerb. Wird dieser marktwirtschaftliche Grundsatz nicht befolgt, so fallen bei den Konsumenten derart hohe *Transaktionskosten*⁸⁶ an, die einen Vergleich von Waren und Dienstleistungen und damit den Konditionen-Wettbewerb unmöglich und illusorisch machen.

Das oft ins Feld geführte Argument geht fehl, wonach die Transaktionskosten der Anbieter für die Bereitstellung der Marktinformationen zu hoch seien, weshalb von einer Erweiterung der entsprechenden Pflichten abzusehen sei. Denn vom Standpunkt einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtung erscheint es als sinnvoller, die Anbieter mit der Pflicht der Bereitstellung der wesentlichen Marktinformationen zu belegen, als Tausenden von Konsumenten zuzumuten, vielfältigste Recherchen zu tätigen.

⁸⁴ Vgl. nachfolgend D.II., S. 132 ff.

⁸⁵ BG vom 5. Oktober 1990 über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (SR 944.0). Vgl. Dokumentation der Gesetzgebung, JKR 1995, S. 138; JKR 1996, S. 228 f.; JKR 1997, S. 420 f.

⁸⁶ KÖTZ HEIN, Europäisches Vertragsrecht, Tübingen 1996, S. 212 f.

2. AGB-Kollektivverträge nach KIG

Die Markttransparenz durch den Vergleich von Angeboten, deren Inhalt massgeblich durch die AGB der Anbieter bestimmt wird, soll nach der Konzeption des KIG durch Kollektivverträge sichergestellt werden.

Nach Art. 3 KIG treffen die Organisationen der Anbieter und der Konsumenten Vereinbarungen über Form und Inhalt der Deklarationen von Waren und Dienstleistungen. Oberstes Gebot ist dabei die Vergleichbarkeit der Anbieterleistungen. Der Konditionen-Wettbewerb muss dabei folgenden Ansprüchen genügen: Die AGB müssen klar und deutlich, insb. aber auch *übersichtlich*⁸⁷ formuliert sein; das Transparenzgebot des KIG geht über das Irreführungsverbot des UWG hinaus. In den Rahmenvereinbarungen der Kollektivpartner für die verschiedenen Wirtschaftsbranchen könnten vor allem eine *einheitliche Systematik* der jeweils zu regelnden Vertragspunkte und ein *einheitlicher Sprachgebrauch* festgelegt werden. Die formale und inhaltliche Verständlichkeit von AGB würde damit erheblich erleichtert.

Die abstrakte AGB-Kontrolle erfolgt auf diese Weise – nicht wie beim VAG – durch die Marktzulassung- und kontrolle der Verwaltung, sondern durch die Repräsentanten der Marktteilnehmer selbst. Solche AGB sollten im Ergebnis «klar und verständlich» sein, womit auch die konkrete AGB-Kontrolle durch die sog. Unklarheitsregel⁸⁸ im Vertragsrecht entlastet werden könnte.

3. Ergebnis

Im Ergebnis kann Folgendes festgehalten werden. Die Lösung der AGB-Kontrolle über den Abschluss von AGB-Kollektivverträgen ist vom Ideal der Habermas'schen Diskurs-Theorie geprägt: Gerechtigkeit durch Verfahren. In rationalen Diskursen sollen die Verbände einen gerechten Ausgleich schaffen, ein Bild, das wir von der politischen Konsens- und Konkordanz-Demokratie⁸⁹ her kennen. Was dort funktioniert, ist hier jedoch praktisch erfolglos geblieben. In den gut zwanzig Jahren seines Bestehens hat das KIG nahezu keine solcher Kollektivverträge hervorgebracht. Es scheint, dass das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Anbietern und Konsumenten sich in ihren jeweiligen Verbänden fortsetzt. Es ist keine eigentliche Parität gegeben. Von einem gesamtwirtschaftlichen Standpunkt aus ist es daher unverständlich, dass der Bundesrat die Bemühungen um eine Verbesserung der objektiven Marktinformation⁹⁰ im Jahre 2005 ins Leere laufen liess. Im

⁸⁷ Es geht vorliegend um das Transparenzgebot, vgl. HEINRICHS, S. 157–177, insb. 159; MATT; MÜLBERT, 723–732.

⁸⁸ Nachfolgend E.I.3., S. 138 f.

⁸⁹ MÜLLER JÖRG P., Versuch einer diskursethischen Begründung der Demokratie, in FS Dietrich Schindler, Basel 1989, S. 617–638 mit Hinweis auf die Position von Jürgen Habermas.

⁹⁰ BRUNNER, Konsumenteninformation, S. 51 ff.

Vorfeld des bundesrätlichen Negativentscheids wurde insbesondere angeführt, mit der Einführung von minimalen positiven Informationspflichten⁹¹ zulasten der Anbieter gehe die Schweiz im Gegensatz zur Europäischen Union einen Sonderweg. Dieses Argument ist unzutreffend. Art. 7 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken⁹² verbietet das Unterlassen von Informationen, die für den Marktentscheid im Nachfragemarkt erforderlich sind. Diese *positive Informationspflicht* erhöht die *Markttransparenz und* senkt damit die hohen *Transaktionskosten* auf Seiten der Konsumenten.⁹³ Das tatsächlich bessere Produkt hat eine tatsächlich bessere Chance, nachgefragt zu werden. Diese positiven Informationspflichten im Verhältnis zwischen Anbietern und Konsumenten sind im Hinblick auf die geltende Wirtschaftsverfassung (Art. 97 BV) und einen funktionierenden Markt unverzichtbar. Der Ansatz, das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen über eine ausreichende *vorvertragliche Information* zu ergänzen, sollte daher in naher Zukunft erneut aufgenommen und weiter verfolgt werden.

Der Konzeption des KIG folgend hatte die EIDGENÖSSISCHE KOMMISSION FÜR KONSUMENTENFRAGEN am 3. Juni 2003 sodann folgende Regelung⁹⁴ vorgeschlagen: «Bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die *zwischen Anbieter- und Konsumentenorganisationen paritätisch ausgehandelt* wurden, wird vermutet, dass sie frei ausgehandelt und nicht missbräuchlich sind. Der Bundesrat erlässt die Ausführungsbestimmungen für das paritätische und repräsentative Aushandeln solcher Allgemeiner Geschäftsbedingungen.» Damit wäre analog zum Recht der Gesamtarbeitsverträge nach Art. 356 OR der Gedanke verwirklicht worden, wonach der Gerechtigkeitsgehalt von Regelungen zwischen gleich starken Verhandlungspartnern eher erreicht werden kann. Bei dieser Konzeption erfolgt eine Kontrolle über den Inhalt der AGB von Anfang an (d.h. präventiv) durch die beteiligten Verbände selbst.

Abschliessend ist indessen anzumerken, dass die beste abstrakte AGB-Kontrolle die konkrete AGB-Kontrolle im Vertragsrecht nie obsolet erscheinen lässt. Auch bei den besten AGB, die klar und verständlich sowie übersichtlich formuliert werden, bleiben die vorformulierten Bedingungen *generell-abstrakt* und können daher bereits aus rechtslogischen Gründen nie die ganze Vielfalt möglicher *individuell-konkreter* Sachverhalte erfassen. Als Beleg kann analog auf das Versicherungsrecht verwiesen werden, wo das Bundesgericht von der Aufsicht genehmigte AGB-Klauseln als nichtig qualifizieren musste.⁹⁵ Das Gleiche dürfte auch bei paritätisch ausgehandelten AGB zutreffend.

⁹¹ Vgl. dazu auch nachfolgend: Dokumentation unter F.III., S. 180 ff.

⁹² Amtsblatt Nr. L 149 vom 11/06/2005, 0022–0039.

⁹³ HARTMANN, S. 77 ff. N 180 ff.

⁹⁴ Vgl. dazu nachfolgend: Dokumentation unter F.II.2, S. 160 ff. Vorschlag revOR Art. 21b Abs. 3.

⁹⁵ BGE 100 II 453; vgl. auch BGE 124 III 229 ff.

D. Wettbewerbsrechtliche Kontrolle der AGB

I. Kartellrecht (KG)

1. Abstrakte AGB-Kontrolle nach KG

Eine abstrakte AGB-Kontrolle erfolgt auch durch das Kartellrecht.⁹⁶ Gleichwohl ist bereits an dieser Stelle wegen des inneren Zusammenhangs der Problemlagen der Bezug zur richterlichen Inhaltskontrolle herzustellen. Vielfach zeigt sich in der Praxis der Zivilgerichte, dass der AGB-Verwender die *Vertragsfreiheit* der Gegenpartei beeinträchtigt oder gar aufhebt. Bei Verletzung der Vertragsfreiheit im konkreten Fall ist daher eine direkte Inhaltskontrolle gestützt auf Art. 27 ZGB grundsätzlich möglich. Die konkrete Inhaltskontrolle greift aber insofern zu kurz, wenn es sich um die Branchen-AGB eines *Kartells* oder um solche von *Monopolen* und *marktmächtiger Unternehmen* handelt. Hier besteht die Situation, dass die Nachfrager am Markt überall auf die gleichen missbräuchlichen AGB stossen. In solchen Fällen der Beeinträchtigung des Wettbewerbs erscheint daher die Ausweitung der konkreten AGB-Kontrolle durch den Zivilrichter auf die abstrakte AGB-Kontrolle durch die Wettbewerbs-Kommission angebracht. Mit der letzten Revision des KG wurde sodann nach einer Empfehlung der EIDGENÖSSISCHEN KOMMISSION FÜR KONSUMENTENFRAGEN ausdrücklich der Hinweis auf den Konsumentenartikel der Bundesverfassung (Art. 97 BV) in den Ingress⁹⁷ des Gesetzes aufgenommen. Damit wird klar gestellt, dass das Kartellgesetz nicht nur den Wettbewerb als solchen unter Konkurrenten, sondern auch die *Rechte der Konsumenten*⁹⁸ regelt.

Diese Entwicklung des Kartellrechts trägt dem Rechnung. 1997 fand ein Treffen zwischen der Wettbewerbs-Kommission (WEKO) und Vertretern der Schweizer Zivilgerichte statt,⁹⁹ um die Rechtsanwendung von Art. 15 und Art. 47 KG sicherzustellen. Steht nach Art. 15 KG in einem Zivilverfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage, so wird die Sache der Wettbewerbs-Kommission zur Begutachtung vorgelegt. Nach Art. 47 KG kann die WEKO auch in anderen Fällen Gutachten verfassen. Stellt die WEKO einen Wettbewerbsverstoss

⁹⁶ BG vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Vgl. zur Dokumentation der Gesetzgebung: JKR 1995, S. 145 f.; JKR 1996, S. 241–247; JKR 1997, S. 429–433; JKR 1998, S. 319–333 sowie insb. JKR 2002, S. 495 ff.: Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) vom 7. Mai 2002 an den Bundesrat zur Revision des Kartellgesetzes.

⁹⁷ JKR 2002, S. 495 ff., 497 Mitte.

⁹⁸ ZÄCH, S. 62 Rz. 139 Fn. 195 f. und 63 Rz. 143.

⁹⁹ RPW 1997, 593–597, mit Ergänzung in RPW 1998, 621 f.

durch AGB fest, so wird auch der Zivilrichter die Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 OR feststellen.

Die AGB von Kartellen und marktmächtigen Unternehmen unterliegen daher nicht nur der konkreten AGB-Kontrolle der Zivilgerichte, sondern auch der abstrakten AGB-Kontrolle der Wettbewerbs-Kommission. Es wird sich weisen, ob das mit der aktuellen Rechtsentwicklung möglich gewordene Zusammenspiel der Zivilgerichte und der Wettbewerbs-Kommission auch für die AGB-Kontrolle freiheitsstiftend wirken wird. Das würde bedeuten, dass die Zivilgerichte in Zukunft vermehrt auf solider Gutachtens-Grundlage der WEKO wettbewerbswidrige AGB-Klauseln zufolge Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 OR nichtig¹⁰⁰ erklären könnten.

2. Zur aktuellen Praxis der AGB-Kontrolle nach KG

Mit Bezug auf die Praxis der Wettbewerbsbehörden kann in diesem Zusammenhang auf mehrere Entscheide verwiesen werden. So wurde das für die Schweizer Konsumenten nachteilige *Sachversicherer-Kartell* nach einer eingehenden Untersuchung im Jahre 1988 aufgehoben. Der entsprechende Bericht stellte ausdrücklich fest, dass die Versicherten «keinen Druck auf die Anbieter ausüben können. So herrscht denn im Massengeschäft in der ganzen Schweiz praktisch ein Einheits-tarif vor. Für das gleiche Risiko hat der Versicherungsnehmer bei jeder Gesellschaft die gleiche Prämie bei identischen Versicherungsbedingungen zu entrichten.»¹⁰¹

Eine analoge Praxis erfolgte 1989 betreffend die gesamtschweizerisch wirkenden Vereinbarungen im Bankgewerbe:¹⁰² In dieser Untersuchung wurden mehrere Klauseln der gesamtschweizerisch verwendeten Banken-AGB gerügt.¹⁰³ So bspw. die Willensfiktion der Genehmigung von Bankauszügen durch die Übertragung des Übermittlungsrisikos an den Kunden; oder die allgemeine Wegbedingung aller Schäden infolge von Legitimationsmängeln und Fälschungen¹⁰⁴ zulasten des Kunden. Es handelte sich dabei um Muster-AGB der Schweizerischen Bankier-Ver-

¹⁰⁰ Vgl. dazu eingehend ZÄCH, S. 413 ff., Rz. 854 ff.; STÖCKLI, S. 179 ff. Rz. 791 ff. und Rz. 812 ff.

¹⁰¹ VKKP 3/1988, 49.

¹⁰² Zu den AGB der Banken, vgl. bspw. HARDEGGER IDA, Über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. Rechtliche Behandlung, unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter Klauseln, Bern/Stuttgart 1991; MAURENBRECHER BENEDIKT, Die Vereinbarung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. Rahmenvereinbarung und Geschäftsverbindungsvertrag, ZSR 1990 I 173–210; SCHWAIBOLD MATTHIAS, Ausgewählte AGB der Banken, in Baudenbacher Carl u.a. (Hrsg.), AGB – Eine Zwischenbilanz, St.Gallen/Berlin 1991, S. 223–251; WEBER RUDOLF H., Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken – zum Problem einer Grenzziehung, SAG 1984, 150–159

¹⁰³ VKKP 3/1989, 40.

¹⁰⁴ Vgl. zu diesem Fragenkomplex die Dissertation von KILGUS SABINE, Haftung für Unter-

einigung, die von den einzelnen Banken in der Regel ohne Änderung im Endverbrauchsmarkt verwendet worden waren. Dass die Vertragsfreiheit der Kunden damit erheblich eingeschränkt wurde, bedarf keiner weiteren Ausführungen.

Auch eine Untersuchung des Schweizer *Auto-Handels*¹⁰⁵ zeigte, dass vor allem im Ersatzteil-Handel durchgehend vertikale Wettbewerbs-Beschränkungen vorlagen. Im Rahmen der abstrakten AGB-Kontrolle bestimmten daher die Wettbewerbsbehörden,¹⁰⁶ dass die Fahrzeug-Garantien¹⁰⁷ im Endverbrauchsmarkt keine Klauseln enthalten dürfen, welche die Garantie nach dem Einbau von Fremdteilen oder nach der Ausführung von Arbeiten in markenfremden Garagen entfallen lassen.

3. Ergebnis

Als Ergebnis kann demnach festgehalten werden, dass die abstrakte AGB-Kontrolle im Kartellrecht wirksame Korrekturen dort ermöglichen, wo die *Vertragsfreiheit* durch die Verwendung von AGB aufgehoben wird. In diesen Fällen ist sie zudem effizienter als die konkrete Inhaltskontrolle durch den Richter, die auf den Einzelfall beschränkt bleibt. Gleichwohl erscheint sie als ungenügend, da sie ihrerseits nur beim Tatbestand von Monopolen, Kartellen und marktmächtigen Unternehmen zur Anwendung gelangen kann. Die Ungleichgewichtslagen ausserhalb des Kartellrechts werden damit nicht erfasst.

II. Lauterkeitsrecht (UWG)

1. Abstrakte AGB-Kontrolle nach UWG

Anders als im Kartellrecht erfolgt die AGB-Kontrolle nach UWG¹⁰⁸ ausschliesslich durch den Zivilrichter. Die Schweiz kennt keine öffentlich-rechtliche Lauterkeits-Kommission wie andere Staaten. Es besteht indessen eine private Stiftung¹⁰⁹

schriftenfälschung im Bankverkehr und die Zulässigkeit ihrer Wegbedingung durch AGB, Zürich 1988.

¹⁰⁵ VKKP 3/1994; vgl. dazu bereits TERCIER PIERRE, *Les conditions générales de la branche automobile*, Journées du droit de la circulation routière, Fribourg, 1992, S. 1–38.

¹⁰⁶ VKKP 3/1996, 226.

¹⁰⁷ Vgl. dazu auch: ZK-SCHÖNLE/HIGI, Art. 192–204 OR: Kauf und Schenkung, S. 418f.: Kartellrechtliche Inhaltskontrolle von Freizeichnungsklauseln.

¹⁰⁸ BG vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241). Vgl. Dokumentation der Gesetzgebung, JKR 1995, S. 148f.; JKR 1996, S. 247f.; JKR 1997, S. 434; JKR 1998, S. 333–335.

¹⁰⁹ BRUNNER ALEXANDER, Aktuelle Praxis der Schweizerischen Lauterkeitskommission, *in*

gleichen Namens als Schiedsorgan mit der Möglichkeit einer Popular-Beschwerde, aber ohne hoheitliche Funktionen. Gleichwohl kann auch im Lauterkeitsrecht dann von abstrakter AGB-Kontrolle gesprochen werden, wenn missbräuchliche AGB durch Unterlassungsklagen und das *Verbandsklagerecht*¹¹⁰ generell ausser Kraft gesetzt werden sollen. Die Urteile der Zivilgerichte wirken sich dann für eine Vielzahl¹¹¹ von künftigen Fällen aus.

Entscheidend ist hier der – umstrittene¹¹² – Art. 8 UWG über missbräuchliche Geschäftsbedingungen: Danach handelt unlauter, wer vorformulierte AGB, 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.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Lehre diese AGB-Norm als missglückt betrachtet. Dieser Beurteilung ist zuzustimmen. Art. 8 UWG ist deshalb nicht griffig, weil Beurteilungskriterien über den *Vertragsinhalt* mit einem Kriterium über den *Vertragsabschluss* (Element der «Irreführung») vermengt und unentwirrbar kumuliert werden. Der Gesetzgeber hat hier einen *Grundsatz* für eine *Ausnahme* geschaffen. Lässt man hingegen das erst in den letzten parlamentarischen Beratungen aufgepfropfte Kriterium über den Vertragsabschluss, d.h. das Irreführungs-Element, beiseite, so verbleiben die Beurteilungskriterien über den Vertragsinhalt mit einer sinnvollen Stossrichtung. Danach erscheint es als unlauter, wenn Anbieter ihre Verhandlungsmacht am Markt zum Nachteil einer Vielzahl möglicher Vertragspartner ausnutzen, indem sie durch ihre AGB ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung begründen, das der Vertragsnatur oder dem Gesetz erheblich widerspricht. Auch im Lauterkeitsrecht zeigt sich damit – wie im Kartellrecht – ein enger Bezug zum Vertragsrecht. Gemeinsame Tat-

Christian Meier-Schatz (Hrsg.), *Neue Entwicklungen des UWG in der Praxis*, Bern 2002, S. 165 ff.; vgl. dazu die Berichterstattung zur Rechtsprechung der Schweizerischen Lauterkeitskommission (SLK) in den Jahrbüchern des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR, Jahrgänge 1995–2004; Erscheinen ab 2005 eingestellt) sowie aktuell unter: www.lauterkeit.ch. Zu verweisen ist sodann auf den Abdruck der SLK-Grundsätze in von BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bd. 5. Wettbewerbsrecht, Teilbd. 1, Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1998, S. 315 ff.

¹¹⁰ STAUDER, *AGB-Verbandsklage*, S. 73–91; BRUNNER, *AGB, IPR und Verbandsklage*, S. 83–126.

¹¹¹ Diese Konzeption der abstrakten AGB-Kontrolle wurde vor der Revision des UWG 1986 vor allem von STICHER in seiner Dissertation «Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem» analysiert.

¹¹² DESSEMONTET FRANÇOIS u.a., «Was soll noch Art. 8 UWG?»/«Que reste-t-il de l'article 8 LCD sur les conditions générales?», *SAG* 1987, 109–117; DESSEMONTET, *contrôle*, S. 57–87; GAUCH, «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen», *BR* 1987, 51–60; GUYET, *conditions générales*, S. 47–68; GUYET, *SIWR V/I*, S. 233–238; KUHN, *offene Inhaltskontrolle AGB*, *SVZ* 1987, 275–287; MATT, *Transparenzgebot*; NEUMAYER, S. 727–741; TOLLER, S. 51–72.

bestands-Elemente des Lauterkeits- und Vertragsrechts ist das *Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung*. Art. 21 OR als Tatbestand der Übervorteilung wirkt jedoch nur zwischen den konkreten Vertragsparteien, während Art. 8 UWG für eine unbestimmte Vielzahl von Abnehmern missbräuchliche Klauseln verhindern soll.

2. Zur aktuellen Praxis der AGB-Kontrolle nach UWG

Zur Praxis der AGB-Kontrolle nach UWG, d.h. zur Anwendung von Art. 8 UWG, finden sich wenige Entscheide des Bundesgerichts, die teilweise auch Erwägungen zur sog. Ungewöhnlichkeitsregel enthalten. Das ist kein Zufall. Denn es kann unlauter sein, wenn ein Vertrag AGB-Klauseln enthält, die für den betreffenden Vertragstypus ungewöhnlich und überraschend sind, weil sie seiner Vertragsnatur¹¹³ widersprechen (unlautere Überrumpelung). Es sind dies die folgenden Entscheide: Automatenaufstellungsvertrag;¹¹⁴ Banken-AGB¹¹⁵ sowie Fälle von Auto-Mietverträgen.¹¹⁶ Im Fall BGE 119 II 443 wurde im Sinne eines *obiter dictum* zu Art. 8 UWG eine Klausel über die Haftung des Mieters in den AGB eines Autovermieters, die erheblich von den üblichen Regeln der Kaskoversicherung abwich, als unlauter qualifiziert, ein Entscheid, der von der Lehre¹¹⁷ lebhaft begrüsst wurde. Es handelt sich aber um einen der seltenen Anwendungsfälle unter Berücksichtigung der Tatsache, dass das revidierte UWG seit Jahren in Kraft steht.

3. Ergebnis

Im Ergebnis kann demnach festgehalten werden: Art. 8 UWG *wäre* – würde die Kritik der Lehre befolgt, und würde der Gesetzgeber demnach das Irreführungselement streichen – eine sinnvolle Ergänzung der abstrakten AGB-Kontrolle für Tatbestände, die unterhalb der Schwelle des Kartellrechts liegen. Art. 8 UWG könnte auf diese Weise in jenem Bereich einen Ausgleich herbeiführen, bei welchen das Kartellrecht versagen muss, weil das Verhalten der Anbieter durch die Verwendung von AGB nicht den Grad einer Beschränkung des Wettbewerbs und der Vertragsfreiheit bewirkt. Unterhalb dieser Schranke – das konnte auch für die

¹¹³ Vgl. vorstehend C.I.3., S. 126.

¹¹⁴ BGer, 13. 8. 1991 = BGE 117 II 332 = Pra 82 Nr. 70.

¹¹⁵ BGer, 9. 7. 1996 = BGE 122 III 373 = Pra 86 Nr. 25 = JKR 1997, S. 519; vgl. auch die Anm. von BUCHER, recht 1997, 55 ff.

¹¹⁶ BGer, 5. 8. 1997 = Pra 87 Nr. 9; BGer, 5. 8. 1993 = BGE 119 II 443 ff., 446 E. 1a = Pra 83 Nr. 229 = SemJud 1994, 637 ff. = JKR 1996, S. 389 ff.

¹¹⁷ Vgl. vorstehend Fn. 8.

Unternehmens-AGB¹¹⁸ festgehalten werden – stellt sich indessen ebenso die Frage nach dem strukturellen Ungleichgewicht der Parteien. Missbräuchliche AGB-Klauseln sind in der Regel eine Folge dieses Ungleichgewichts. Dessen Ausnutzung zur Begründung eines Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung muss daher als Verstoss gegen Treu und Glauben und damit als unlauterer Wettbewerb qualifiziert werden, wenn es der Vertragsnatur und dem dispositiven Gesetzesrecht erheblich widerspricht. Der Verstoss gegen das Lauterkeitsrecht durch AGB wird von der Lehre unterschiedlich beurteilt; einerseits wird Nichtigkeit¹¹⁹, andererseits Anfechtbarkeit¹²⁰ des unter Verwendung der AGB abgeschlossenen Vertrages angenommen.¹²¹

Diese dogmatischen Unklarheiten könnten allerdings dann obsolet werden, wenn der Vorschlag der ZWEITEN EXPERTENKOMMISSION betreffend Totalrevision VVG Gesetz und der Entwurf zur *Ergänzung des Obligationenrecht* in Art. 20a E-OR (VE-VVG 2006)¹²² ins geltende Recht überführt würde.

E. Vertragsrechtliche Kontrolle der AGB

I. Abschlusskontrolle der AGB

1. Konkrete AGB-Kontrolle des Vertragsabschlusses

Auch wenn die skizzierten Möglichkeiten der *abstrakten* AGB-Kontrolle – Verwaltungsaufsicht und Kollektivverträge, Kartell- und Lauterkeitsrecht – einen entscheidenden Beitrag leisten, so ist doch die *konkrete*, d.h. die vertragsrechtliche Kontrolle das Rückgrat der AGB-Korrektur. Dabei ist die Abschlusskontrolle und die Inhaltskontrolle der AGB auseinanderzuhalten.

Die Abschlusskontrolle, auch *Geltungskontrolle*¹²³ genannt, fragt im Zivilprozess danach, ob AGB im Einzelfall vom Konsens der Parteien erfasst wurden. Hat

¹¹⁸ Vgl. vorstehend Fn. 42.

¹¹⁹ TOLLER, S. 51–72, insb. 54 Fn. 10 und 60f. m.w.H., insb. auf C. BAUDENBACHER und L. DAVID.

¹²⁰ ABEGG, S. 295 ff.; TOLLER, S. 51–72, insb. 54 Fn. 11 und 61f. m.w.H. auf P. GAUCH, W.R. SCHLUEP, E. BUCHER, E.A. KRAMER, A. BRUNNER, M. PEDRAZZINI und B. STAUDER.

¹²¹ Die unentwirrbare Situation wegen des gesetzgeberischen Missgriffs beim Erlass des Art. 8 UWG zeigt sich auch in den sich gegenseitig ausschliessenden Lehrmeinungen über die schuldrechtlichen Folgen unlauterer AGB, vgl. dazu die beiden vorstehenden Fussnoten. Auch aus diesem Grunde wäre ein klärendes Wort des schweizerischen Gesetzgebers zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen überfällig.

¹²² Vgl. vorstehend C.I.3., S. 126, sowie nachstehend F.II.4, S. 179 (Dokumentation).

¹²³ GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle.

insbesondere die Gegenpartei des AGB-Verwenders ihren Erklärungs- und Geschäftswillen auf Form und Inhalt der AGB gerichtet, mit anderen Worten, gelten die AGB auch für die unterworfenen Partei?

2. Auslegungsgrundsatz (Vertrauensprinzip)

Diese Rechtsfrage wird im schweizerischen Recht nach dem Auslegungsgrundsatz des *Vertrauensprinzips*¹²⁴ entschieden. Die Schweizer Rechtsprechung¹²⁵ hält sich ausdrücklich an diesen Auslegungsgrundsatz, wenn die *Einbeziehung von AGB* in den Vertrag zu beurteilen ist. Dabei wird auch immer wieder Rückgriff auf das Problem des strukturellen Ungleichgewichts der Parteien genommen, was nicht nur Fälle aus dem Konsumrecht, sondern auch solche im Handelsrecht betrifft.

So führte das Bundesgericht in *BGE 109 II 116* in einem *handelsrechtlichen* Fall (Geschäftskonto einer AG bei Bank) Folgendes aus: «Zum Schutze der schwachen und unerfahrenen Partei ruft die Lehre in der Tat schon seit Jahren nach einer vermehrten Kontrolle durch den Richter, wenn von der Gegenpartei für eine Vielzahl von Fällen aufgestellte Geschäftsbedingungen, sei es durch blossen Verweis oder durch Eingliederung, zum Bestandteil eines bestimmten Vertrages erklärt werden». Es verwies dabei ausdrücklich auf die *herrschende Lehre*, insb. auf FORST-

¹²⁴ Zum *Vertrauensprinzip* im schweizerischen Recht besteht eine reichhaltige Literatur: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht AT, Bd. I, 8. Aufl. Zürich 2003, Rz. 206 ff.; HUGUENI, OR AT, S. 28 Rz. 181 ff.; KOLLER ALFRED, OR AT I, S. 72 Rz. 175 ff. – Für das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen zusammengefasst bei: FAVRE-BULLE, S. 139–179 m.w.H.

¹²⁵ Die *bundesgerichtliche Rechtsprechung* zur Anwendung des Vertrauensprinzips auf AGB-Verträge in *chronologischer Reihenfolge*: BGer, 02.08.2007, 5C.20/2007, E. 2.2; BGer, 19.01.2006, 5C.61/2006, E. 3; BGE 130 III 417 E. 3.2; BGE 126 III 59 E. 5b; BGE 123 III 22 (in der klassischen Formulierung: Eine Erklärung ist so auszulegen, wie sie die Gegenpartei nach den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste); BGer, 20.8.1996 = BGE 123 III 35–48; BGer, 24.4.1996 = BGE 122 V 142–150; BGer, 7.3.1996 = BGE 122 III 118–124; BGer, 16.1.1995 = Pra 84 Nr. 205; BGer, 15.3.1994 = BGE 120 II 42–46; BGer, 30.8.1993 = BGE 119 II 344–346; BGer 1.7.1993 = BGE 119 II 368; BGer, 25.5.1993 = BGE 119 II 227–231 = Pra 83 Nr. 246; BGer, 6.8.1992 = BGE 118 Ia 294 = Pra 82 Nr. 230; BGer, 4.5.1992 = BGE 118 II 342; BGer, 12.10.1990 = Pra 79 Nr. 272; BGer, 22.5.1990 = BGE 116 II 431–435 = Pra 79 Nr. 271; BGer, 17.7.1989 = BGE 115 II 264; BGer, 4.11.1986 = BGE 112 II 337–346, 340 = Pra 76 Nr. 64; BGer, 12.7.1983 = BGE 109 II 116; BGer, 1.12.1982 = BGE 108 II 418 E. 1b. *Vgl. zur kantonalen Rechtsprechung*: HGer ZH, 9.1.1996 = ZR 1996 Nr. 96; HGer ZH 17.6.1994 = SJZ 1994, 332; HGer ZH, 25.8.1992 = ZR 1992 Nr. 23; BezGer ZH, 16.5.1989 = SJZ 1990, 214 ff, inbs. 216 f.; HGer ZH, 9.12.1988 = ZR 1989 Nr. 48; BezGer ZH, 30.6.1988 = ZR 1989 Nr. 27 = SJZ 1989, 249 ff.; BezGer Affoltern/ZH, 22.6.1986 = SJZ 1987, 381 f.; ZivilG BS, 14.2.1989 = BJM 1991, 289 ff.; KantGer SG, 26.1.1994 = JKR 1995, S. 256 ff. (teilweise Aufhebung des Urteils des BezGer Wil/SG, 3.12.1992 = JKR 1996, S. 392); KantGer SG, 16.1.1994 = SJZ 1996, 153; OGer SO, 28.4.1992 = SJZ 1995, 54.

MOSER, KRAMER, MERZ, SCHÖNENBERGER/JÄGGI, OFTINGER und BUCHER.¹²⁶ Es blieb hier jedoch bei einem *obiter dictum*, da der Fall bereits bei der Auslegung der AGB nach dem Wortlaut endete.

Das *obiter dictum* ist aber umso mehr auch im *Konsumrecht* entscheidend. Hier ist auf einen Entscheid des Bezirksgerichts Zürich¹²⁷ aus dem Jahre 1989 zu verweisen. Das Gericht führt Folgendes aus: «Auch die Lehre anerkannte bereits bisher den *unterschiedlichen Kenntnis- und Wissenstand zwischen Unerfahrenen und Spezialisten* (SCHNEEBERGER, Kommerzielles Vertragsrecht, 34f.; A. STÄHELIN, Der Schutz der schwächeren Vertragspartei, BJM 1978, 2f.; KRAMER, Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat und Wettbewerbsrechts, ZSR 1979 I 49ff.; MERZ, Massenvertrag und AGB, in: Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, 328; GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, 125 ff.). Diese Rechtstatsache führt unter Berücksichtigung der Verfassungsnorm über den Schutz der Konsumenten (Art. 31^{sexies} BV¹²⁸) zum normativen Auslegungsgrundsatz des konsumrechtlichen Ungleichgewichtsprinzips, womit auch dessen Verhältnis zum Vertrauensprinzip im Sinne von Art. 1 und 18 OR in Verbindung mit Art. 2 ZGB zu bestimmen ist.»

Entscheidend sind dabei die *drei möglichen Auslegungstatbestände* bei der Ermittlung von Sinn und Bedeutung der Willenserklärungen von Anbieter und Konsument im Hinblick auf das Zustandekommen des Konsumvertrages und bei der Einbeziehung der AGB in den Vertrag.

Das konsumrechtliche Ungleichgewichtsprinzip¹²⁹ ist nicht anwendbar beim Tatbestand des *tatsächlichen Wissens- und Willens – Konsenses* zwischen Anbieter und Konsument, da dieses Prinzip – im Rahmen der Auslegung – die Privatautonomie als solche bzw. die Vertragsfreiheit der Parteien (Art. 12 ZGB und Art. 1 OR) nicht berührt. Haben sich die Parteien beim Abschluss des Konsumentenvertrages tatsächlich geeinigt, bleibt für die Berücksichtigung eines unterschiedlichen Informationsstandes zwischen Anbieter und Konsument kein Raum; vorbehalten sind hier lediglich privat- und öffentlichrechtliche Eingriffsnormen nach Vertragsschluss, d.h. die *Inhaltskontrolle* der AGB.

Das konsumrechtliche Ungleichgewichtsprinzip ist jedoch anwendbar bei der Auslegung der Willenserklärungen von Anbieter und Konsument nach dem Vertrauensprinzip und bei der Vertragsergänzung, d.h. beim *normativen Wissens- und Willens-Konsens*. Hier sind bestehende Informationsunterschiede im Rahmen des konkreten Einzelfalles zu beachten.

¹²⁶ Zitat gemäss BGE 109 II 116: «statt vieler: FORSTMOSER, Rechtsprobleme der Bankpraxis, S. 24; KRAMER, N. 173 ff. zu Art. 1 OR; MERZ in FS Schönenberger, S. 137 ff.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 427 ff. zu Art. 1 OR; OFTINGER in FS Zepos, Bd. II, S. 546 ff.; BUCHER, OR Allg. Teil, S. 130 ff.; BUCHER in FS Deschenaux, S. 267; GUGGENHEIM, Lex contrats de la pratique bancaire suisse, S. 60 ff.».

¹²⁷ BezGer ZH, 30. 6. 1988 = ZR 1989 Nr. 27 = SJZ 1989, 249 ff. = JKR 1995, S. 253.

¹²⁸ Art. 31^{sexies} aBV entspricht Art. 97 BV der Bundesverfassung vom 18. April 1999.

¹²⁹ BRUNNER, Konsumverträge, Begriff, JKR 2004, S. 3 ff., insb. 22 Fn. 30 m.w.H.

AGB sind daher vor allem beim Konsumvertrag vom AGB-Verwender klar und deutlich zur Kenntnis zu geben. Es geht hier um das Kennen-Können und das Kennen-Müssen-Kriterium als Beurteilungs-Massstab dafür, ob die AGB vom Erklärungswillen der Gegenpartei des AGB-Verwenders erfasst wurden.

Im wegleitenden Entscheid *BGE 122 III 118* (Mercedes-Fall) hat das Bundesgericht aber klargestellt, dass die Gerichte bei der Auslegung von AGB nicht sofort zur Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregel greifen dürfen. Vielmehr ist vorerst *die methodische Stufenfolge*¹³⁰ *der Auslegungsgrundsätze* zu beachten. Erst nach Anwendung des *grammatischen* (E. 2b und 2c/bb, Berücksichtigung Wortlaut, Bedeutung von Worten), des *historischen* (E. 2b, Berücksichtigung der Umstände beim Vertragsabschluss) und des *systematischen* (E. 2c, Berücksichtigung des Zusammenhangs von AGB-Klauseln) – das teleologische wurde nicht erwähnt – *Auslegungselementes*, d.h. erst nach erfolgloser Auslegung aufgrund dieser Stufenfolge und bei bleibender Mehrdeutigkeit von Worten und Bezeichnungen kommt die *Unklarheitsregel* zur Anwendung (E. 2a und 2d).

3. Unklarheitsregel (Erklärungswille)

Nach der so genannten Unklarheitsregel sind *mehrdeutige* Wendungen in *vorformulierten Vertragsbedingungen* (AGB) im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, die sie verfasst hat.¹³¹ Dies entspricht konstanter Rechtsprechung.¹³² Dabei hat das Bundesgericht jedoch schon vor dem vorstehend zitierten Entscheid *BGE 122 III 118* in *BGE 119 II 368* festgehalten, dass vor der Anwendung der Unklarheitsregel die Hierarchie der Auslegungselemente zu berücksichtigen ist. Nur bei *verbleibender* Mehrdeutigkeit nach allgemeinem Sprachgebrauch¹³³ sind

¹³⁰ Bestätigung dieser Auslegungsmethode in der neuesten Rechtsprechung: BGer, 02.08.2007, 5C.20/2007, E. 2.2; BGer, 20.04.2007, 5C.21/2007, E. 3.1. Vgl. zur *Stufenfolge der Auslegungselemente*: BGer, 7.3.1996 = BGE 122 III 118–124; BGer 1.7.1993 = BGE 119 II 368.

¹³¹ BGer, 01.11.2006, 4C.300/2005, E. 2.3 unter Hinweis auf BGE 124 III 155 E. 1b; BGer 01.10.2004, 5C.134/2004.

¹³² Die Ausdrucksweise des Bundesgerichts ist uneinheitlich, es verwendet «Unklarheitsregel» oder «Unklarheitenregel»; diese allgemeine Regel ist v.a. auf AGB anwendbar. Die *bundesgerichtliche Rechtsprechung* zur Unklarheitsregel in *chronologischer Reihenfolge*, vgl. vorstehende Fn. sowie: BGer, 7.10.1997 = BGE 124 III 155–166 = JKR 1998, S. 491–496; BGer, 24.4.1996 = BGE 122 V 142–150; BGer, 7.3.1996 = BGE 122 III 118–124; BGer 1.7.1993 = BGE 119 II 368; BGer, 4.5.1992 = BGE 118 II 342; BGer, 12.11.1991 = BGE 117 II 609, inbs. 622; BGer, 24.10.1989 = BGE 115 II 474; BGer, 17.7.1989 = BGE 115 II 264. Zur *kantonalen Rechtsprechung* vgl. insb.: BezGer ZH, 24.2.1987 = ZR 1988 Nr. 53; BezGer Affoltern/ZH, 22.6.1986 = SJZ 1987, 381 f.; OGer BL, 29.11.1994 = BJM 1995, 311 ff.; OGer BL, 18.10.1994 = JKR 1997, S. 525 ff.; KantGer VS, 27.3.1996 = RVJ 1996, 257 ff.

¹³³ Das Auslegungskriterium des allgemeinen und alltäglichen Sprachgebrauchs ist auch bei

AGB-Klauseln aufgrund der *Unklarheitsregel* im Zweifel gegen den Verfasser auszulegen.

Im Ergebnis kann damit Folgendes festgehalten werden: In theoretischer Hinsicht wäre die so genannte Unklarheitsregel entbehrlich. Denn man kann mit guten Gründen die Meinung vertreten, dass bei «verbleibender Mehrdeutigkeit der AGB» ein offener oder versteckter Dissens vorliegt. Die AGB müssten demnach nicht zurechtgebogen werden, vielmehr käme – wegen der fehlenden Einigung der Parteien, dispositives Gesetzesrecht vertragsergänzend zur Anwendung. In *theoretischer* Hinsicht, muss man betonen; denn in *praktischer* Hinsicht erweist sich die Unklarheitsregel als sehr nützlich, zumal die Instanz-Gerichte für ihre Entscheide, die rasch gefällt werden sollten, sich an Faustregeln orientieren müssen.

Diesen Weg geht auch das Europarecht mit dem Katalog im Anhang zur AGB-Richtlinie von 1993 über missbräuchliche Klauseln. Dieser Anhang enthält eine Reihe von Klauseln, die sich in der Praxis häufig finden und allgemein als missbräuchlich beurteilt werden. Die wertende Auslegung solcher Klauseln durch die Zivilgerichte kann sich daher an diesen Typisierungen¹³⁴ orientieren.

4. Ungewöhnlichkeitsregel (Geschäftswille)

Nach der so genannten Ungewöhnlichkeitsregel kann einer AGB-Klausel die vertragliche Wirksamkeit versagt werden, wenn sie nach objektiver Auslegung gemäss Vertrauensprinzip als ungewöhnlich qualifiziert werden muss. Auch zur Ungewöhnlichkeitsregel besteht eine reiche Rechtsprechung.¹³⁵ Nach einem neueren

der Anwendung der Unklarheitsregel massgeblich, vgl. dazu auch BGer, 4.5.1992 = BGE 118 II 342, insb. 344, 345 E. 1a.

¹³⁴ Vgl. nachfolgend F. II., S. 160 ff. (Dokumentation).

¹³⁵ Vgl. *Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Ungewöhnlichkeitsregel in chronologischer Reihenfolge*: BGer, 02.08.2007, 5C.20/2007, E. 2.2; BGer, 19.10.2006, 5C.61/2006, E. 2; BGer 28.09.2005, 4C.194/2005 (mit Anm. SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, 70 ff.); BGer, 5.8.1997 = Pra 87 Nr. 9 (unter Bezugnahme auf BGE 119 II 443 E. 1a = Pra 83 Nr. 229); BGer, 26.2.1997 = Pra 86 Nr. 164; BGer, 24.4.1996 = BGE 122 V 142–150; BGer, 5.8.1993 = BGE 119 II 443 ff., 446 E. 1a = Pra 83 Nr. 229 = SemJud 1994, 637 ff. = JKR 1996, S. 389 ff.; BGer, 5.8.1993 = BGE 119 II 443 ff., 446 E. 1a und 447/448 = Pra 83 Nr. 229 = SemJud 1994, 637 ff. = JKR 1996, S. 389 ff. (in Widerspruch zu BGer, 1.12.1982 = BGE 108 II 418 E. 1b. und zu BGer 21.6.1983 = BGE 109 II 213, Änderung der Rechtsprechung demnach vom Bundesgericht unausgesprochen eingeleitet mit dem Entscheid BGer, 6.12.1983 = BGE 109 II 452); BGer, 6.12.1983 = BGE 109 II 452 (bestätigt in BGE 119 II 446); BGer 21.6.1983 = BGE 109 II 213 (sog. Bäckereiofen-Fall mit Hinweis auf die bisherige Praxis zur Ungewöhnlichkeitsregel zum Schutz der schwachen und unerfahrenen Vertragspartei vor AGB: Gerichtsstandsklausel: BGE 104 Ia 279 mit Hinweisen, Saldoquittung: BGE 41 II 455 E.2., Bürgschaftserklärung: BGE 49 II 185, Legitimationsklausel Bankdepotvertrag: BGE 64 II 356 E.2., Schiedsklausel: BGE 76 I 349 E.4); BGer, 1.12.1982 = BGE 108 II 418 E. 1b. Vgl. zur kantonalen Rechtsprechung: BezGer Pfäffikon/ZH, 28.8.1997 = JKR 1998, S. 480 ff. (mit eingehender Besprechung in ACKER-

Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1997¹³⁶ sind nach dieser Regel von der Globalübernahme von AGB alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die *schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht besonders aufmerksam gemacht worden* ist. Damit wurde das Leiturteil im Automiete-Fall aus dem Jahre 1993¹³⁷ bestätigt. Die Änderung der Rechtsprechung erfolgte aber bereits früher, ohne dass dies vom Bundesgericht im publizierten Leitsatz angemerkt worden wäre. So setzte sich der bereits erwähnte Hühnerfabrik-Fall aus dem Jahre 1983 (*BGE 109 II 452*), bei dem es um die SIA-Norm 118 ging, in klaren Widerspruch zu den beiden fast gleichzeitig gefällten Urteilen in *BGE 108 II 418* und *BGE 109 II 213*.

Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Ungewöhnlichkeitsregel wurde nicht in allen kantonalen Entscheiden übernommen. So führte das Zürcher Handelsgericht im Jahr 1985¹³⁸ zur SIA-Norm 118 Folgendes aus: «Neuerdings befasst sich der Entscheid des Bundesgerichts 109 II 452 mit dieser Frage.» Der publizierte Leitsatz formuliert absolut. «Art. 154 Abs. 3 und Art. 155 Abs. 1 der SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977) sind für einen branchenfremden, «einmaligen» Bauherrn ungewöhnlich und daher unverbindlich.» [...] Es scheint, dass das Bundesgericht den genannten Bestimmungen der neuen Fassung (der AGB) einen Inhalt beimisst, der ihnen nicht zukommt: Es führt aus, der nicht branchenkundige und im Bauen unerfahrene Bauherr müsse nicht damit rechnen, dass ihn der Architekt durch die Anerkennung der Schlussabrechnung zur Zahlung des vom Unternehmer damit geforderten Betrages verpflichte, jedenfalls dann nicht, wenn der Rechnungsbetrag die Offerte wesentlich übersteige (*BGE 109 II 459*). Es ist aber auseinanderzuhalten, ob der Architekt lediglich die Masse und Preise überprüft oder mit der «Anerkennung» der Abrechnung faktisch einer Vertragsänderung zustimmt.» Das Handelsgericht stellt daher fest, die blossе Tatsachenfeststellung des Architekten über Masse und Preise würde den Bauherrn nicht belasten und dessen Einreden – Herabsetzung beim ungefähren Kostenansatz oder bei unnötiger Ver-

MANN THOMAS, *Der Fotografenvertrag als Konsumentengeschäft, recht 1998, 144–160*); HGer ZH, 27.6.1995 = ZR 1996 Nr. 48; HGer ZH, 4.11.1994 = ZR 1995 Nr. 39; HGer ZH, 25.8.1992 = ZR 1992 Nr. 23 (*AGB-Schiedsklausel im internationalen Geschäftsverkehr*; vgl. dazu auch HGer ZH, 14.12.1989 = ZR 1990 Nr. 86); BezGer Bülach/ZH, 6.9.1989 = ZR 1990 Nr. 83; BezGer ZH, 24.2.1987 = ZR 1988 Nr. 53, E.5.3.; HGer ZH, 29.5.1985 = ZR 1985 Nr. 103 (*Auslegung von SIA Norm 118 in ausdrücklichem Widerspruch zu BGer, 6.12.1983 = BGE 109 II 452*); AmtGer Luzern-Stadt, 10.1.1989 = JKR 1995, S. 256 ff.; OGer BL, 29.11.1994 = BJM 1995, 311 ff.; OGer BL, 18.10.1994 = JKR 1997, S. 525 ff.; OGer BL, 31.8.1993 = BJM 1995, 139 ff.; OGer BL, 17.8.1993 = BJM 1994, 236 ff.; AppGer BS, 30.1.1985 = BJM 1986, 279 ff.; AppGer BS, 14.1.1985 = SJZ 1985, 289 ff.; KantGer GR, 17.12.1990 = PKG 1990, 84 ff.; KantGer GR, 29.5.1990 = PKG 1990, 193 ff.; KantGer VS, 5.7.1990 = RVJ 1990, 149 ff.

¹³⁶ BGer, 5.8.1997 = Pra 87 Nr. 9.

¹³⁷ BGer, 5.8.1993 = BGE 119 II 443 = Pra 83 Nr. 229 = SemJud 1994, 637 ff. = JKR 1996, S. 389 ff.

¹³⁸ HGer ZH, 29.5.1985 = ZR 1985 Nr. 103.

teuerung – blieben gewahrt. Das Handelsgericht hielt daher entgegen *BGE 109 II 452* an seiner Praxis¹³⁹ bei der Auslegung der SIA-Norm 118 fest, zumal der *Bauherr* im zu beurteilenden Fall *nicht unerfahren* gewesen sei, weshalb auch die Ungewöhnlichkeitsregel nicht zur Anwendung gelange.

Ein Entscheid des Obergerichts Basel-Land aus dem Jahre 1993¹⁴⁰ geht in die gleiche Richtung wie das Zürcher Handelsgericht. Das Gericht hatte u.a. eine AGB-Klausel über die *Zugangsfiktion* von Bankmitteilungen an Kunden zu beurteilen. Es fand, eine AGB-Klausel, wonach Zustellungen an die vom Kunden zuletzt bekannt gegebene Adresse wirksam sind, sei nicht ungewöhnlich und daher gültig: «Die AGB sorgen für die Fiktion, dass alle Kreditnehmer als benachrichtigt gelten, wenn die notwendigen Unterlagen an die ihr bekannt gegebene Adresse gesandt worden sind.» Damit verbunden ist demnach auch die *Annahme*-Fiktion der Bank-Mitteilung seitens des Kunden.

5. Ergebnis

Im Ergebnis kann Folgendes festgehalten werden: In der aktuellen Praxis zur Abschlusskontrolle der AGB hat sich Einiges bewegt. Der Anwendungsbereich der *Unklarheitsregel* als Sondertatbestand des *Vertrauensprinzips* wurde in methodologischer Hinsicht präzisiert und bei der Anwendung der *Ungewöhnlichkeitsregel* hat die Lehre von der schwächeren Vertragspartei sowohl im Handelsrecht¹⁴¹ als auch im Konsumrecht¹⁴² einen Durchbruch erzielt. Allerdings musste aber auch festgestellt werden, dass sich die unteren Instanzen keineswegs immer an die geänderte höchstrichterliche Rechtsprechung halten. Dies ist umso bedauerlicher, als es vorliegend lediglich um die Abschlusskontrolle geht. Die uneinheitliche Rechtsprechung zeigt denn auch auf, dass mit Bezug auf missbräuchliche AGB-Klauseln dann kein Schutz¹⁴³ gegeben ist, wenn ein tatsächlicher, ein hypothetischer oder gar ein fiktiver Konsens der Parteien angenommen wird.

¹³⁹ ZR 1980 S. 252 ff.

¹⁴⁰ OGer BL, 17. 8. 1993 = BJM 1994, 236 ff.

¹⁴¹ Im Hühnerfabrik-Fall: BGer, 6. 12. 1983 = BGE 109 II 452 (*bestätigt in BGE 119 II 446*).

¹⁴² Im Automiete-Fall: BGer, 5. 8. 1993 = BGE 119 II 443 = Pra 83 Nr. 229 = SemJud 1994, 637 ff. = JKR 1996, S. 389 ff.

¹⁴³ Auf diese unbefriedigende Situation bei der sog. verdeckten Inhaltskontrolle durch Auslegung der Willenserklärungen weist zu Recht hin: HUGUENIN JACOBS CLAIRE, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der neuen EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, recht 1995, 85–95, insb. 86 Ziff. II.2.; vgl. auch KRAMER ERNST A., Neues aus Gesetzgebung, Praxis und Lehre zum Vertragsschluss, BJM 1995, 1–24, insb. 15.

II. Inhaltskontrolle der AGB

1. Konkrete AGB-Kontrolle des Vertragsinhalts

Der hohe Schutzstandard bei der Abschlusskontrolle im schweizerischen Vertragsrecht findet sein Korrelat in einem tiefen Schutzstandard bei der richterlichen Inhaltskontrolle der AGB. Bei der konkreten AGB-Kontrolle durch richterliche Inhaltskontrolle stellt sich die Frage, ob die durch gegenseitige und übereinstimmende Willenserklärungen Bestandteil des Vertrags¹⁴⁴ gewordenen AGB auch mit Bezug auf ihren *Inhalt* vor dem Gesetz standhalten. Die *gesetzlichen Schranken* umfassen dabei nicht nur die besonderen Schutznormen¹⁴⁵ im engeren Sinn, sondern auch die Rechtsgrundsätze des allgemeinen Zivilrechts¹⁴⁶ und des Vertragsrechts¹⁴⁷.

2. Indirekte Inhaltskontrolle (Vertrauensprinzip)

Die Lehre unterscheidet die indirekte bzw. verdeckte Inhaltskontrolle von der direkten bzw. offenen Inhaltskontrolle. Eine *indirekte* Inhaltskontrolle liegt dann vor, wenn der *Inhalt* von AGB-Klauseln mit den Methoden der *Abschlusskontrolle*¹⁴⁸ bzw. *Vertragsauslegung* überprüft und korrigiert wird. Die *direkte* Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln stützt sich hingegen direkt auf die besonderen und allgemeinen Schutznormen des *Gesetzes* ab.

Die indirekte Inhaltskontrolle orientiert sich dabei am *Vertrauensprinzip* und führt auf diese Weise unter Rückgriff auf die Auslegung der AGB Korrekturen an deren Inhalt durch. Ein anschauliches Beispiel für diese Methode findet sich in einem 1990 veröffentlichten Entscheid des Bundesgerichts.¹⁴⁹ Es ging dabei im Rahmen der Abschlusskontrolle um die verdeckte Inhaltskontrolle durch einschränkende Auslegung einer AGB-Haftungsausschlussklausel in einem Banksparsparvertrag, d.h. Sparheft. Das Bundesgericht entschied, die Entbindung von der Identitätsprüfung des vorweisenden Inhabers des Sparheftes in den AGB sei einschrän-

¹⁴⁴ Art. 1 OR i.V.m. Art. 2 ZGB und Art. 18 OR.

¹⁴⁵ Vgl. dazu die umfassende Dokumentation der *Gesetzgebung* im Bereich des schweizerischen, europäischen und internationalen Konsumrechts, JKR 1995–2004 (Erscheinen ab 2005 eingestellt).

¹⁴⁶ Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 ZGB); Treu und Glauben sowie Täuschungsverbot im Wettbewerbsrecht (Art. 2 UWG); Schutz der Person und der Vertragsfreiheit (Art. 27 ZGB und dessen Konkretisierung im Kartellrecht).

¹⁴⁷ Missverhältnis der gegenseitigen Leistungen (Art. 21 OR); Verstoss gegen Grundsätze der Rechtsordnung (Art. 19/20 OR); Haftungsfreizeichnung konzessionierter Anbieter (Art. 100 Abs. 2 OR).

¹⁴⁸ Vgl. dazu vorstehende Ausführungen unter A., S. 118f.

¹⁴⁹ BGer, 12.10.1990 = Pra 79 Nr. 272.

kend auszulegen. Der Haftungsausschluss der Bank war dementsprechend unwirksam. Diese Rechtsprechung wurde im Verhältnis zwischen Banken und Kunden mehrfach bestätigt, wobei es jeweils naturgemäss auf den konkreten Sachverhalt ankommt. So wurde in einem Entscheid¹⁵⁰ aus dem Jahre 2004 eine *AGB-Klausel*, welche die Genehmigung von Rechnungs- und Depotauszügen *als Willensfiktion* vorsah, im Rahmen der indirekten Inhaltskontrolle nach dem Vertrauensprinzip *als nicht rechtswirksam qualifiziert*, da offenbare gegenteilige Fakten vorlagen.

Im Übrigen kann zur indirekten AGB-Inhaltskontrolle auf die vorstehenden Ausführungen zur Abschlusskontrolle in Anwendung der sog. Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregel verwiesen werden.

3. Direkte Inhaltskontrolle (Gesetzesrecht)

Die Lehre¹⁵¹ fordert nun seit Jahren den Übergang von der verdeckten zur offenen Inhaltskontrolle von AGB. Die Praxis hingegen blieb bisher sehr zurückhaltend. Immerhin finden sich mehrere Entscheide,¹⁵² die sich auf die *direkte Inhaltskontrolle von AGB* beziehen, auch wenn sie meist abschlägig ausfallen oder sich auf Erwägungen in obiter dicta beschränken.

Das Bundesgericht bejahte die *direkte* Inhaltskontrolle von AGB in einem *obiter dictum* im sog. Bäckereiofen-Fall¹⁵³. Die Inhaltskontrolle von AGB sei zulässig¹⁵⁴ bei Widerrechtlichkeit und Sittenwidrigkeit (Art. 19/20 OR), bei Übervorteil-

¹⁵⁰ HGer ZH, 01.04.2003 (bestätigt durch Entscheide des Kassationsgerichts vom 27.04.2004 und des Bundesgerichts vom 02.11.2004; ZR 104 (2005) Nr. 28. *Anm.*: Auch wenn hier das Handelsgericht – wegen der Möglichkeit von Privatklägern, dieses als sachlich zuständig zu wählen – entschieden hat, ist dieser Sachverhalt als Konsumentenstreitigkeit zu qualifizieren. – Bei ausländischen Bankkunden, die *aus bekannten Gründen ausdrücklich keine Zustellung von Unterlagen wie Konto- und Depotauszüge ins Ausland wollen*, entfalten solche AGB-Klauseln über die Willensfiktionen – gestützt auf das Vertrauensprinzip – selbstverständlich die volle Wirksamkeit. So ginge es bei objektiver Betrachtung nicht an, die Vorteile solcher Vertraulichkeit des Schweizer Bankgeschäfts zu beanspruchen und die vereinbarte Willensfiktion im Einzelfall zu bestreiten.

¹⁵¹ Zusammenfassung bei BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 274 ff., N 277 ff. und N 290 ff. sowie Art. 21 OR N 43, vgl. neuerdings auch: FREI, S. 143 Rz. 423; GROLIMUND, HAVE 2007, 159.

¹⁵² *Direkte Inhaltskontrolle* in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *zumindest thematisiert*: BGer, 26.6.1997 = BGE 123 III 292–305 = Pra 86 Nr. 142 = JKR 1998, S. 461–468; BGer, 18.12.1995 = BGE 122 III 26–33 = JKR 1997, S. 516 ff.; BGer, 18.11.1986 = BGE 112 II 450 = Pra 76 Nr. 144; BGer, 12.7.1983 = BGE 109 II 116; BGer 21.6.1983 = BGE 109 II 213. *Direkte Inhaltskontrolle in der kantonalen Rechtsprechung zumindest thematisiert*: OGer AG, 12.11.2002, AGVE 2002, 36–40, Ungültigkeit einer AGB-Beweislastregel, vgl. dazu SCHMID HANS, Zum Beweisvertrag, SJZ 100 (2004), 477 ff.; OGer ZH, 24.8.1995 = ZR 1997 Nr. 102; HGer ZH, 27.6.1995 = ZR 1996 Nr. 48; OGer BL, 29.11.1994 = BJM 1995, 311 ff.; BezGer Horgen, 11.3.1992 = SJZ 1994, 65; HGer ZH, 9.12.1988 = ZR 1989 Nr. 48.

¹⁵³ BGer, 21.6.1983 = BGE 109 II 213.

¹⁵⁴ BGE 109 II 217.

lung (Art. 21 OR), bei der Verletzung des Persönlichkeitsrechts und der Vertragsfreiheit (Art. 27 ZGB) sowie bei Vorliegen von Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB). In zwei kantonalen Entscheiden, bei denen es jeweils um die Beurteilung von AGB-Pfandklauseln ging, wurde eine direkte Inhaltskontrolle aufgrund der soeben erwähnten gesetzlichen Kriterien abgelehnt. Dabei betraf es allerdings handelsrechtliche Verhältnisse. So verwarf das Obergericht Basel-Landschaft¹⁵⁵ den Antrag der Gegenpartei des AGB-Verwenders bei einem Geschäftskredit, womit gestützt auf Art. 27 ZGB die AGB-Pfandklausel wegen übermässiger Bindung nichtig erklärt werden sollte. In gleicher Weise entschied das Zürcher Handelsgericht¹⁵⁶ bei einem Unternehmens-Kredit mit AGB-Pfandklausel, womit bei Verschlechterung der Bonität des Unternehmens der Kredit durch die Bank nach freiem Ermessen sofort gekündigt werden konnte mit Selbsteintritt in den Pfandvertrag; hier lehnte das Gericht den Einwand der Übervorteilung nach Art. 21 OR ab und verneinte Rechtsmissbrauch i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB.

Im wegweisenden Entscheid zu den Banken-AGB aus dem Jahre 1986¹⁵⁷ bejahte das Bundesgericht eine *direkte* Inhaltskontrolle gestützt auf Art. 100 Abs. 2 OR nach richterlichem Ermessen gemäss Art. 4 ZGB. In der neuesten Rechtsprechung (2006) wurde dieser Entscheid auch unter der Voraussetzung bestätigt, dass die Tätigkeit der Bank nicht das konzessionierte Kerngeschäft, sondern einen mit dem Privatkunden abgeschlossenen Vermögensverwaltungsvertrag¹⁵⁸ betraf. In die gleiche Richtung wies bereits ein Bundesgerichtsentscheid im Jahre 1983;¹⁵⁹ allerdings nur in einem obiter dictum. Danach unterliegen AGB-Haftungsfreizeichnungsklauseln der *direkten* richterlichen Inhaltskontrolle nach freiem Ermessen bei jenen Anbietern, die am Markt als staatlich konzessionierte Unternehmen auftreten. Darunter dürften alle Anbieter fallen, die im Massengeschäft Waren und Dienstleistungen im Rahmen des Aufsichtsrechts¹⁶⁰ anbieten: Banken, Börsen-Broker, Versicherungen, Personentransporte aller Art, Gastgewerbe, Ärzte und Anwälte. Diese nach Bundesgericht zulässige direkte Inhaltskontrolle von AGB-Freizeichnungsklauseln¹⁶¹ wurde von den kantonalen Gerichten jedoch nur teil-

¹⁵⁵ OGer BL, 29.11.1994 = BJM 1995, 311 ff.

¹⁵⁶ HGer ZH, 27.6.1995 = ZR 1996 Nr. 48.

¹⁵⁷ BGer, 18.11.1986 = BGE 112 II 450 = Pra 76 Nr. 144.

¹⁵⁸ BGer, 10.11.2006, 4C.158/2006, E. 2.2/2.3.

¹⁵⁹ BGer, 12.7.1983 = BGE 109 II 116. Vgl. zu diesem Entscheid auch die abstrakte, *kartellrechtliche* AGB-Kontrolle, VKKP 3/1989, 40.

¹⁶⁰ Zum *schweizerischen Aufsichtsrecht* eingehend: BRUNNER ALEXANDER et al., Dokumentation der Gesetzgebung; REHBINDER MANFRED et al., Dokumentation der Rechtsprechung, und STAUDER BERND, Dokumentation der Literatur, in den Jahrgängen des Jahrbuchs des schweizerischen Konsumentenrechts (JKR, Bern 1995 ff.), unter den systematischen Kennziffern: I.4.1.2 (a. ff.) und III.3.2.1–III.3.2.6).

¹⁶¹ KAMM MICHAEL, Freizeichnungsklauseln im deutschen und im schweizerischen Recht – ein Vergleich, Bergisch Gladbach/Köln 1985; STAUDER BERND, Les clauses d'exonération et de limitation de responsabilité en droit suisse, in Ghestin Jacques (Hrsg.), Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Paris 1991, S. 95–133.

weise¹⁶² übernommen oder gar nicht thematisiert.¹⁶³ In einem Entscheid von 1995¹⁶⁴ hat das Bundesgericht sodann eine AGB-Klausel mit einseitiger Risikoverteilung zwischen Banken und Bankkunden (Überwälzung des Risikos der Checkfälschung; keine besondere Aufklärungspflicht der Banken im Checkverkehr) im Rahmen der Inhaltskontrolle von *Art. 100 OR* als zulässig¹⁶⁵ erachtet.

Eine grundlegende Änderung bahnt sich indessen seit dem Fussballplatz-Fall aus dem Jahre 1997¹⁶⁶ an. Das Bundesgericht führt hier Folgendes aus: «Beruhte das Obligationenrecht des Jahres 1881 noch auf einer «rein geschäftsmässigen Auffassung des Verkehrslebens» (BB1 1905 II 14), wandte bereits die Revision von 1911 u.a. mit der Einführung des zivilrechtlichen Wuchertatbestands sich einem vermehrt *materialen Vertragsdenken* zu, und hat diese Tendenz sich im sogenannten *sozialen Privatrecht* kontinuierlich verstärkt. Das Vertragsrecht wird zunehmend «materialisiert», die formale Vertragsfreiheit durch *materielle Vertragsgerechtigkeit* verdrängt, besonders deutlich etwa in den Gebieten des *Miet- und Arbeitsrechts, des Konsumentenschutzes oder der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Die zeitgemässe Rechtsüberzeugung ist nicht mehr allein vom Schwarz-Weiss-Schema der Gültigkeit oder Nichtigkeit privater Rechtsgestaltung geprägt, sondern fasst immer fester auch in der Grauzone der geltungserhaltenden Reduktion fehlerhafter Kontakte durch richterliche Inhaltskorrektur Fuss. Die Möglichkeit richterlicher Vertragsgestaltung entspricht augenfällig dem Zeitgeist. Daran kann auch die Rechtsanwendung nicht vorbeisehen. Blosser Teilnichtigkeit wucherischer Verträge entspricht damit geltungszeitlichem Grundsatzdenken.» Dieser Entscheid leitet für das schweizerische Vertragsrecht und insb. auch für das *Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* eine Änderung der Rechtsprechung ein, die das deutsche Bundesverfassungsgericht bereits im Jahre 1993 im

¹⁶² Die Rechtsprechung gemäss BGE 112 II 450 wurde *übernommen* in: BezGer Horgen, 11.3.1992 = SJZ 1994, 66f. (Konsumrecht, Anlagesparkonto; Inhaltskontrolle von AGB nach Art. 100 Abs. 2 OR in Anwendung von BGE 112 II 454 E.3a. *Nicht übernommen* in: HGer ZH, 9.12.1988 = ZR 1989 Nr. 48 (Konsumrecht, Bankvertrag/Banklagerndvereinbarung; Klausel über Zugangs- und Genehmigungsfiktion, die bereits von der damaligen Kartellkommission beanstandet wurde, vgl. VKKP 3/1989, 40).

¹⁶³ OGer ZH, 24.8.1995 = ZR 1997 Nr. 102 (Konsumrecht, Bankdepotvertrag mit Privatkunde, AGB-Haftungsausschlussklausel für Schaden aus fehlender Handlungsfähigkeit des Kunden oder Dritter ohne weiteres i.S.v. Art. 100 Abs. 1 OR als zulässig erachtet. *Keine Argumentation über richterliche Inhaltskontrolle gemäss Art. 100 Abs. 2 OR und damit keine Auseinandersetzung mit BGer, 18.11.1986 = BGE 112 II 450 = Pra 76 Nr. 144*).

¹⁶⁴ BGer, 18.12.1995 = BGE 122 III 26–33 = JKR 1997, S. 516 ff.

¹⁶⁵ Vgl. zur Kritik dieses Urteils: FRICKER HANS, Urteilsanmerkungen zu BGE 122 III 26 ff., AJP 1996, 1165 ff. und BUCHER EUGEN, Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr? Ein weiteres Mal Bemerkungen zu den AGB der Banken, recht 1997, 41–56.

¹⁶⁶ BGer, 26.6.1997 = BGE 123 III 292–305 = Pra 86 Nr. 142 = JKR 1998, S. 461–468; Erwägungen zu Art. 19, 20 Abs. 2 und Art. 21 OR. Vgl. insb. E. 2.e)aa). Vgl. dazu auch GAUCH PETER, Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung, recht 1998, 55 ff.

sog. Bürgschafts-Fall¹⁶⁷ vollzogen hat. Nach diesem Entscheid haben auch Zivilgerichte bei der Konkretisierung der Grundsätze des allgemeinen Zivilrechts und Vertragsrechts (*Art. 2 und 27 ZGB und Art. 19–21 OR*) die Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen, die das Ergebnis von *strukturell ungleichen Verhandlungsstärken* sind. Im Handelsrecht behält damit die dargestellte bisherige Rechtspraxis zu den AGB ihre Gültigkeit. Im Konsumrecht hingegen sind die genannten Grundsätze des allgemeinen Zivilrechts und Vertragsrechts verfassungskonform¹⁶⁸ auszulegen. Dies bedeutet eine Berücksichtigung der Grundwerte der Verfassung bei der direkten richterlichen AGB-Inhaltskontrolle.¹⁶⁹

4. Ergebnis

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, dass mit Bezug auf die direkte AGB-Inhaltskontrolle das letzte Wort noch nicht gesprochen ist. Es ist unverkennbar, dass unter dem Einfluss der *herrschenden Lehre* die *aktuelle Praxis* in den letzten Jahren eine erhebliche Veränderung vollzogen hat. Hilfreich wird dabei eine klare Trennung zwischen Handels- und Konsumrecht¹⁷⁰ sein.

Die vorliegenden Ausführungen zeigen, dass die Praxis im *Handelsrecht* strukturelle Ungleichgewichtslagen, d.h., das Macht- und Informationsgefälle zwischen den Vertragsparteien berücksichtigt. Umso mehr muss dies im *Konsumrecht* gelten, das im Hinblick auf konkrete Ungleichgewichtslagen nicht bloss Einzelfall-Konstellationen wie im Handelsrecht, sondern typisierte Rechtsverhältnisse¹⁷¹ zwischen betrieblichen Anbietern (Unternehmen) und privaten Abnehmern (Konsumenten) erfasst. Die *offene* AGB-Inhaltskontrolle gemäss herrschender

¹⁶⁷ BVerfG 19.10.1993 = ZIP 1993, 1774; dokumentiert für das schweizerische Recht in JKR 1996, S. 530–536. Vgl. dazu HONSELL HEINRICH, Bürgschaft und Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienmitglieder, NJW 1994, 566. Auf die seither in *Deutschland* eingehend geführte wissenschaftliche Diskussion zu diesem Entscheid kann vorliegend nicht weiter eingegangen werden. Vgl. für das schweizerische Recht aber neuerdings: BELSER EVA MARIA, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit. Ein Kommentar zum deutschen Bürgschaftsbeschluss und zum Stand der richterlichen Inhaltskontrolle in der Schweiz, AJP 1998, 433–445.

¹⁶⁸ BRUNNER, Konsumentenrecht, JKR 1995, S. 51 Fn. 27 unter Hinweis auf BGE 114 Ia 331; ZÄCH ROGER, Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung, SJZ 1989, 1 ff. und 25 ff.; SALADIN PETER, Grundrechte und Privatrechtsordnung, SJZ 1988, 373 ff.; BUCHER EUGEN, «Drittwirkung der Grundrechte?», SJZ 1987, 37 ff., insb. 39 Fn. 14. Diese Grundsätze sind heute geltendes Verfassungsrecht, vgl. Art. 35 Abs. 3 BV.

¹⁶⁹ Verfassungskonforme *Qualifikation* von Art. 21 OR im Sinne des Verfassungsartikels zum Schutz der Konsumenten (Art. 31^{sexies} aBV = Art. 97 BV) zufolge des Macht- und Informationsgefälles zwischen Unternehmen und Konsumenten, vgl. dazu BK-KRAMER, Art. 21 OR N 39 und N 40.

¹⁷⁰ BRUNNER, Konsumentenrecht, JKR 1995, S. 31 ff. insb. 41 ff.

¹⁷¹ BRUNNER, Konsumverträge, Begriff, JKR 2004, S. 3 ff., insb. 17 ff. und 32 ff.

Lehre darf von der Gerichtspraxis nicht länger als wissenschaftliches Postulat betrachtet werden; im Konsumrecht ist sie *geltendes Verfassungs- und Gesetzesrecht*. Allerdings erweist sich dieses geltende Verfassungs- und Gesetzesrecht als zu komplex, um in der täglichen Praxis einfach umgesetzt zu werden. Insofern wäre eine klare Gesetzgebung ratsam.

F. Dokumentation der Gesetzgebungsvorstösse zu den AGB

Nicht nur die *Lehre*¹⁷² fordert ein schweizerisches «AGB-Gesetz». Vielmehr sind auch Vorstösse zur AGB-Kontrolle auf der Ebene der *Gesetzgebung*¹⁷³ zu verzeichnen, dies insb. seit die Europäische Union 1993 die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln verabschiedet hat. Da diese vielfachen *Anregungen*¹⁷⁴ bisher nicht in geltendes Recht überführt werden konnten, erscheint es als hilfreich, sie im vorliegenden Zusammenhang zu dokumentieren. Sie enthalten denn auch ein *umfangreiches Argumentarium* zu den AGB, das nicht nur für den künftigen Gesetzgeber, sondern auch für die Praxis von Interesse sein dürfte.

I. Jüngere Vorstösse im Parlament zu AGB

1. Motion Leemann 1994

94.3561 – Motion Leemann Ursula vom 16.12.1994 über **Allgemeine Geschäftsbedingungen und missbräuchliche Klauseln**:

Der Bundesrat wird eingeladen, den eidgenössischen Räten einen Gesetzentwurf zur Ergänzung des Obligationenrechts zu unterbreiten, mit welchem Grundsätze über Gültigkeit und Ungültigkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen und missbräuchlichen Klauseln festgelegt werden.

Begründung:

¹⁷² Vor Erlass der EU-Richtlinie 1993 bspw.: BAUDENBACHER, AGB-Gesetz, ZBJV 1987, 505–531. Zuletzt: KRAMER, konsumentenrechtlichen Defizite, JKR 1998, S. 205 ff., insb. 234 f.

¹⁷³ Zu den vor Erlass der EU-Richtlinie 1993 eingereichten Gesetzgebungsvorstössen: BRUNNER ALEXANDER et al., Dokumentation der Gesetzgebung, JKR 1995, S. 146–147.

¹⁷⁴ Der Verfasser konnte bei diesen Anregungen in verschiedenen Funktionen als Mitglied von Expertenkommissionen (EKK: 1992–2007 sowie KIG: 2003–2005, VAG: 2004 und VVG 2003–2006) auf Bundesebene teilnehmen.

1. Rechtsentwicklung der AGB in der Schweiz im allgemeinen

1.1 Gesetzgebung: Die gesetzlichen Grundlagen für die Beurteilung von allgemeinen Geschäftsbedingungen und missbräuchlichen Klauseln finden sich im Obligationenrecht (Art. 1, 18 OR) sowie im Zivilgesetzbuch (Art. 2 ZGB). Die bisherige Gesetzgebung ermöglicht der Rechtsprechung jedoch nur eine unzureichende Erfassung der gegebenen Sachfragen. Vor allem der Schutz der schwächeren Vertragspartei – vom Wirtschaftsverfassungsrecht (Art. 31^{sexies} BV) gefordert – ist mit den Artikeln 1 und 18 OR sowie Artikel 2 ZGB nicht genügend gewährleistet. Die unzureichenden gesetzlichen Grundlagen haben bisher zu mehreren – jeweils immer überwiesenen – Vorstössen auf eidgenössischer Ebene geführt. Zu erinnern ist an das Postulat Luder vom 14. Juni 1977 (77.380; AB 1977 S 637–638), an die Motion Alder vom 13. Dezember 1978 (78.577; AB 1979 N 596–600) und an die Motion Crevoisier vom 16. Dezember 1982 (82.941; AB 1983 N 513–514). Die genannten Vorstösse haben bisher keine Wirkung entfaltet. Das neue Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) kennt zwar eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG); diese Rechtsregel ist indessen praktisch nicht tauglich (nachfolgende Begründung, Ziff. 2). Die seither eingetretene Rechtsentwicklung in der Schweiz legt es nahe, die bestehenden gesetzlichen Grundlagen angemessen zu ergänzen. Entscheidend ist überdies die Rechtsentwicklung in der Europäischen Union (nachfolgende Begründung, Ziff. 3).

1.2 Rechtsprechung: Die Rechtsprechung hat versucht, das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen im wesentlichen durch die Unklarheitsregel einerseits und die Ungewöhnlichkeitsregel andererseits zu erfassen. Beide Regeln der Praxis stützen sich auf Artikel 2 ZGB (Treu und Glauben). Die Rechtsprechung ermöglicht damit aber nur die Erfassung grösster Verstösse gegen die in der Praxis häufig auftretenden Probleme mit missbräuchlichen Klauseln.

1.3 Lehre: Ein Teil der Lehre hat daher versucht, die Problematik der allgemeinen Geschäftsbedingungen durch eine weite Auslegung von Artikel 2 ZGB durch den Richter zu lösen. Dieser theoretische Lösungsansatz scheitert jedoch in der Praxis daran, dass dem Richter in der Regel die notwendige Zeit fehlt, die Generalklausel von Artikel 2 ZGB im Einzelfall durch die Schaffung einer generell-abstrakten richterlichen Norm zu konkretisieren. Es gibt denn auch kaum – mit Ausnahme der beiden vorgenannten Regeln – veröffentlichte Entscheide gerichtlicher Instanzen, welche die Rechtsetzung durch Richterrecht in einem sinnvollen System ergänzen. Der von einem Teil der Lehre vorgeschlagene theoretische Lösungsansatz ist daher in der Praxis völlig bedeutungslos geblieben. Ein Grund für diesen Umstand mag auch in der grundsätzlichen Schwierigkeit bei der Anwendung einer Generalklausel liegen, welche an die Rechtsanwendung sehr hohe Ansprüche stellt.

2. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb im besonderen

2.1 Gesetzgebung: Am 1. März 1988 ist das revidierte Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Kraft getreten. Der Gesetzgeber hat dabei mit Bezug auf die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen in Artikel 8 UWG eine weitere Generalklausel geschaffen. Danach handelt insbesondere unlauter, «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». Die Botschaft vom 18. Mai 1983 (83.038) zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (BBl 1983 II 1009) schlug die vorgenannte Norm noch ohne das Irreführungselement (vgl. vorstehend «in irreführender Weise») vor. Das Irreführungselement

wurde in den parlamentarischen Beratungen eingefügt (AB 1985 N 843–844; AB 1986 S 423).

2.2 Rechtsprechung zu Artikel 8 UWG: Obwohl das UWG seit geraumer Zeit in Kraft steht und als Ganzes eine grosse praktische Relevanz aufweist, sind kaum Entscheide zu Artikel 8 UWG zu verzeichnen. Die Einschränkungen (Irreführungselement) und Anforderungen (Generalklausel), welche die Anwendung von Artikel 8 UWG in Frage stellen, sind für diese Entwicklung massgebend.

2.3 Lehre zu Artikel 8 UWG: Auch die Beurteilung der praktischen Relevanz durch die Lehre ist eindeutig. Die heutige Lehre geht davon aus, dass Artikel 8 UWG toter Buchstabe bleiben muss (vgl. dazu u.a.: DESSEMONTET/SPOENDLIN/GILLIERON/BAUDENBACHER/HERTIG/VISCHER, «Was soll noch Artikel 8 UWG?», in: SAG 59, 1987, 109–117; BAUDENBACHER, «Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz?», in: ZBJV 123, 1987, 505–531).

3. Rechtsentwicklung der AGB in der Europäischen Union:

Am 5. April 1993 hat die Europäische Union die Richtlinie 93/13 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (L 95/29) erlassen. Nach der Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten der EU dafür Sorge tragen, dass die mit den Konsumenten abgeschlossenen Verträge keine missbräuchlichen Klauseln enthalten. Die Richtlinie sieht neben dem Erlass einer Generalklausel in Artikel 3 einen besonderen Katalog von in der Praxis häufig auftretenden missbräuchlichen Klauseln in einem Anhang vor. Erfasst werden vor allem Klauseln über missbräuchlichen Haftungsausschluss, einseitige Kündigungsmöglichkeit, einseitige Vertragsänderungen oder Einschränkung des Rechtsschutzes. Die Richtlinie wurde erlassen, um die Rechte der Konsumenten auch bei der zunehmenden Liberalisierung des Europäischen Wirtschaftsraums zu gewährleisten. Es handelt sich um eine entscheidende flankierende Massnahme bei der Errichtung des Binnenmarktes in der Europäischen Union.

4. Folgerungen für die Schweiz

4.1 Internationales Privatrecht: Mit dem Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG) hat die Schweiz ein zeitgemässes Gesetz erlassen, das auch die europäische Entwicklung mit berücksichtigt. Dieses Gesetz ist im vorliegenden Zusammenhang von grosser Bedeutung. Artikel 120 IPRG sieht vor, dass Verträge mit Konsumenten nach dem Recht an deren gewöhnlichem Aufenthalt zu beurteilen sind. Die Rechte der Konsumenten und deren Ausgestaltung sind dementsprechend vom Entwicklungsstand im Wohnsitzstaat abhängig. Für das Rechtsverhältnis von Schweizer Konsumenten mit Anbietern aus der Europäischen Union bedeutet dies, dass missbräuchliche Klauseln und allgemeine Geschäftsbedingungen ausschliesslich nach schweizerischem Recht beurteilt werden. Nach Erlass der vorgenannten Richtlinie in der EU stehen den Schweizer Konsumenten erheblich weniger Rechte zu als den Konsumenten in Europa. Das Rechtsproblem ist insofern von einer gewissen Brisanz, als moderne Marketing-Strategien über Massenmedien (Tele-Shopping) stark im Zunehmen begriffen sind (vgl. dazu u.a. die Vorarbeiten in der EU betreffend einen RL-Vorschlag für die Rechte der Konsumenten bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz). Aber nicht nur die Rechtsfragen des Internationalen Privatrechts legen die notwendige Prüfung der allgemeinen Geschäftsbedingungen und missbräuchlichen Klauseln nahe.

4.2 Souveräne Europatauglichkeit: Eine kluge Politik im umfassenden Sinn folgt der Doktrin der Europatauglichkeit. Damit bleiben alle Optionen gewahrt. Durch die souveräne Prüfung des europäischen Rechts (vorliegend der RL über missbräuchliche Klauseln; vgl. Alexander Brunner, «Konsumentenrecht (Eurolex – Swisslex) – ein Überblick», in: We-

ber/Thürer/Zäch, Aktuelle Probleme des EG-Rechts nach dem EWR-Nein, Zürich 1993, 108 und 116—117) und durch den allfälligen autonomen Nachvollzug bleibt die Schweiz wirtschaftspolitisch auf der Höhe der Zeit. Entscheidend ist zudem, dass das Wirtschaftsrecht im Hinblick auf die zunehmende Regionalisierung (EU) und Globalisierung (WTO) nicht nur die Interessen der transnational tätigen Unternehmen, sondern auch jene der Privathaushalte in der Schweiz berücksichtigt.

Antwort des Bundesrates:

Der Bundesrat teilt die Auffassung der Motionärin, dass unsere Rechtspolitik auf ihre Europatauglichkeit hin ausgerichtet sein soll. So setzt sich grundsätzlich jede Gesetzesvorlage, die dem Parlament unterbreitet wird, mit der Frage nach der Konformität mit dem EU-Recht auseinander, und unsere Rechtsordnung wird dabei, wenn nötig, der europäischen angeglichen. Der Bundesrat geht mit der Motionärin auch darin einig, dass bei einem autonomen Nachvollzug des EU-Rechts nicht nur die Interessen der Wirtschaft, sondern auch jene der Konsumenten zu berücksichtigen sind. Den besten Beweis dafür bilden wohl die sogenannten Swisslex-Vorlagen, die nach dem Nein zum EWR verabschiedet wurden. Einzelne EU-Richtlinien zu einem bestimmten Thema sollen nach Meinung des Bundesrates aber nur dann unabhängig von einem laufenden Gesetzgebungsverfahren ins schweizerische Recht umgesetzt werden, wenn ein dringender Handlungsbedarf dazu eindeutig bewiesen ist. In bezug auf die EG-Richtlinie vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen – auf diesem Gebiet läuft kein Gesetzgebungsverfahren – verneint der Bundesrat das Vorliegen eines solchen Bedarfs. In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung, welche bereits grobe Verstösse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben sanktioniert hat, aufgrund der Anregungen in der Lehre den zivilrechtlichen Konsumentenschutz weiter verstärken könnte. Aus diesem Grund lehnt der Bundesrat die verbindliche Form der Motion ab. Er ist aber bereit zu prüfen, ob die Umsetzung der erwähnten EU-Richtlinie ins schweizerische Recht in einem breiteren, noch sorgfältig festzulegenden Rahmen erfolgen kann

Parlamentsentscheid:

Die Motion wird im NR am 24.03.1995 in Form eines Postulates überwiesen.

2. Parlamentarische Initiative Sommaruga 2002

a) Wortlaut der Parlamentarischen Initiative

02.461 – Parlamentarische Initiative Sommaruga Simonetta vom 04.10.2002 betreffend **Allgemeine Geschäftsbedingungen und missbräuchliche Klauseln**. *Gestützt auf Artikel 160 Absatz 1 der Bundesverfassung und Artikel 21^{bis} des Geschäftsverkehrsgesetzes reiche ich folgende Parlamentarische Initiative in der Form der allgemeinen Anregung ein:*

Es wird ein Gesetzentwurf erarbeitet, welcher Grundsätze über Gültigkeit und Ungültigkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen und missbräuchlichen Vertragsklauseln festlegt. Mit dem Instrument der abstrakten Inhaltskontrolle sollen Konsumentenorganisationen die Möglichkeit erhalten, auf Unterlassung der Verwendung bedenklicher Klauseln klagen zu können.

Begründung:

Die EU-Richtlinie vom 5. April 1993 über missbräuchliche Vertragsklauseln ist mittlerweile in den meisten EU-Ländern im nationalen Recht umgesetzt worden. In Deutschland zum Beispiel zeigt die Erfahrung, dass das bundesdeutsche Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) eines der wichtigsten Instrumente des Verbraucherschutzes geworden ist. Insbesondere die Möglichkeit, dass gegen benachteiligendes «Kleingedrucktes» nicht nur die einzelne betroffene Verbraucherin, sondern auch Konsumentenorganisationen vorgehen können, hat die Möglichkeit, Konsumenteninteressen zu vertreten, massiv verbessert. In seiner Antwort auf die Motion Leemann 94.3561, «Allgemeine Geschäftsbedingungen und missbräuchliche Klauseln», vom 16. Dezember 1994 hat sich der Bundesrat bereit erklärt, zu prüfen, ob die Umsetzung der erwähnten EU-Richtlinie im schweizerischen Recht erfolgen kann. Die Motion wurde schliesslich in der Form eines Postulates überwiesen. In der Zwischenzeit hat sich die Situation für die Konsumentinnen und Konsumenten durch die Liberalisierung in den Bereichen Banken, Versicherungen, Telekommunikation und Post, aber auch durch die zunehmende Internationalisierung von Gütern und Dienstleistungen verschärft. Sollen die Konsumenteninteressen auch in Zukunft effizient eingebracht werden können und damit auch das Vertrauen der Konsumenten und Konsumentinnen in den Markt gestärkt werden, ist der Ausschluss von missbräuchlichen Vertragsklauseln ein zentraler Beitrag. Gerade das Kleingedruckte und seine Folgen können von den meisten Konsumenten nur schwer in ihrer Gesamtheit erfasst werden. Die Konsumenten sind deshalb darauf angewiesen, dass sie von einer Vertragsbasis ausgehen können, die sie nicht unrechtmässig benachteiligt. Die Konsumenten sind ebenfalls darauf angewiesen, dass diese Verträge von spezialisierten Konsumentenorganisationen begutachtet werden können und dass diese Organisationen gegen missbräuchliche Klauseln vorgehen können.

b) Rechtskommission des Nationalrates

Die Kommission hat an ihrer Sitzung vom 23. Juni 2003 die am 4. Oktober 2002 von Nationalrätin Simonetta Sommaruga eingereichte Parlamentarische Initiative gestützt auf Artikel 21^{ter} des Geschäftsverkehrsgesetzes geprüft. Die Initiative verlangt ein Gesetz, welches Grundsätze über die Gültigkeit und Ungültigkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen und missbräuchlicher Vertragsklauseln festlegt und ein Instrument der abstrakten Inhaltskontrolle vorsieht. Die Initiatorin war bei der Prüfung ihres Vorstosses anwesend. Antrag der Kommission: Die Kommission beantragt mit 9 zu 7 Stimmen und bei einer Enthaltung, der Initiative Folge zu geben. Eine Minderheit der Kommission (Leuthard, Cina, Glasson, Gutzwiller, Vallender) beantragt, ihr nicht Folge zu geben, dem Bundesrat jedoch eine Kommissionsmotion zu überweisen. Eine andere Minderheit (Baumann J. Alexander, Glasson, Joder, Mathys, Seiler) beantragt, der Initiative keine Folge zu geben.

1. Wortlaut und Begründung: (Vgl. dazu vorstehend)

2. Erwägungen der Kommission: Das Schweizer Recht kennt verschiedene Bestimmungen zum Schutz der Konsumierenden im Bereich der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Artikel 8 des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) befähigt die Konsumentenorganisationen, gegen einen Anbieter zu klagen, der vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die zum Nachteil einer Vertragspartei in irreführender Weise von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende

Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen. Gestützt auf Artikel 7 des Kartellgesetzes (SR 251) muss und kann die Wettbewerbskommission einschreiten, wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen Ausdruck missbrauchter Marktmacht sind. Artikel 22 des Gerichtstandsgesetzes (GestG; SR 271) unterwirft Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten einer besonderen Gerichtsstandsregelung. Nach Artikel 21 darf von dieser vertraglich nicht zu Ungunsten des Konsumenten abgewichen werden.

Unter den laufenden Gesetzgebungsvorhaben zu erwähnen sind: der Vorentwurf zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, wonach Vereinbarungen, mit denen die Haftung beschränkt wird, nichtig sind, wenn sie in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind; die Revision des Kaufrechts, wonach jegliche Abmachung zu Ungunsten des Konsumenten ungültig ist. Im Rahmen der Revision des Konsumentenschutzgesetzes soll insbesondere Artikel 8 UWG geändert werden.

Für die *Mehrheit der Kommission* ist der Schutz der schwächeren Vertragspartei unabdingbar. Solche Vorkehren sind auch bereits im Mietrecht oder im Arbeitsrecht vorgesehen. Wo es um die allgemeinen Geschäftsbedingungen geht, sind die Konsumierenden am schwächeren Hebel. Die AGB sind oft sehr umfangreich und kleingedruckt. Der Anbieter hingegen, der sie verfasst hat, kennt seine eigenen Leistungen oder Produkte sehr gut und hat immer einen Informationsvorsprung in Bezug auf den Gegenstand und die Wirkungen des Vertrags. Es geht hier darum, die Vertragsfreiheit auf eine Weise einzuschränken, dass Missbräuchen vorgebeugt wird (z.B. einseitige Abänderbarkeit, einseitige Kündbarkeit, übermässige Entschädigungen, Vertragserfüllungspflicht nur für den Konsumenten). Im Unterschied zu den meisten europäischen Ländern kennt die Schweiz keine besondere Regelung der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Das geltende Recht ist unzureichend. Besonders der Irreführungstatbestand in Artikel 8 UWG schränkt den Anwendungsbereich dieser Bestimmung allzu sehr ein. Der Konsumentenschutz im Bereich der allgemeinen Geschäftsbedingungen ist heute nur punktuell geregelt (GestG; Arbeitsrecht), bedürfte aber einer allgemeinen Regelung für alle Rechtsbereiche. Die laufenden Gesetzgebungsarbeiten zielen zwar in diese Richtung, sind aber erst in der Vorentwurfsphase. Die Mehrheit der Kommission erachtet es als notwendig, dass das Schweizer Recht an das europäische angepasst wird. Sie unterstützt das Anliegen der Initiatorin, dass Grundsätze über Gültigkeit und Ungültigkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen und missbräuchlichen Vertragsklauseln festgelegt werden müssen. Das Instrument der abstrakten Inhaltskontrolle wird es den Konsumentenorganisationen ermöglichen, die Gültigkeit missbräuchlicher Klauseln anzufechten, während es sich für den einzelnen Konsumenten oft nicht lohnt, eine Klage einzureichen. Bei der Ausarbeitung einer Vorlage müsste zum einen eingehend geprüft werden, welche Elemente des europäischen Rechts in das schweizerische Recht aufzunehmen sind; zum andern wäre die Systematik so anzupassen, dass die neuen Bestimmungen allgemein anwendbar sind. Nach Auffassung der Kommissionsmehrheit überzeugt der Motionsweg nicht: Obschon in den neunziger Jahren zu diesem Anliegen verschiedene Vorstösse eingereicht wurden, ist bis heute ein befriedigender Rechtsschutz des Konsumenten ausgeblieben. Die Mehrheit der Kommission beantragt, der Initiative Folge zu geben.

Eine *Minderheit der Kommission* schliesst sich den Argumenten der Mehrheit an, wo es um die Frage des Gesetzgebungsbedarfs geht. Ihrer Meinung nach ist aber die Parlamentarische Initiative wegen der Komplexität und Tragweite des Themas nicht das geeignete Instrument. Sie beantragt, den Bundesrat über eine Motion zu beauftragen, eine Vorlage auszuarbeiten, mit der die konkrete und abstrakte Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen verbessert wird, sowie eine Gesamtübersicht über den Konsumentenschutz zu unterbreiten. Diese Minderheit ist der Auffassung, dass der Bundesrat und die

Verwaltung besser in der Lage sind, einen derart umfassenden Entwurf auszuarbeiten, denn die Erfüllung des Initiativanliegens erfordert Fachkenntnisse in ganz unterschiedlichen Bereichen. Eine Regelung der Gültigkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen muss sämtliche Vertragsbereiche erfassen (Versicherungsvertrag, Bankvertrag, Leasingvertrag, Konsumentenkredit u.a.m.).

Eine *weitere Minderheit der Kommission* ist sich zwar der ganzen Problematik im Zusammenhang mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen und den Missbrauchsrisiken ebenfalls bewusst, beantragt aber, der Initiative keine Folge zu geben. Ihrer Meinung nach bietet das geltende Recht genügend Handhabe, um gegen allfällige Missbräuche vorzugehen. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen und deren Abänderungen werden dem Konsumenten und der Konsumentin zur Kenntnisnahme unterbreitet. Bei Uneinigkeiten in inhaltlichen Fragen hat der Konsument die Möglichkeit, zu einem andern Anbieter zu wechseln, und wenn er Verdacht auf eine Kartellabsprache hegt, kann er die Wettbewerbskommission einschalten. Es ist nicht missbräuchlich, vorzusehen, dass einseitige Abänderungen von allgemeinen Geschäftsbedingungen nach einer abgelaufenen Einspruchsfrist von 30 Tagen als akzeptiert betrachtet werden; das ist nur eine rationelle Geschäftspraxis. Das neue Gerichtsstandsgesetz hat die Stellung des Konsumierenden verbessert. Auch die laufenden Gesetzgebungsarbeiten zum Haftpflicht- und zum Kaufrecht verbessern den Konsumentenschutz in Bezug auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Minderheit wehrt sich vor allem gegen die Einführung eines Beschwerderechts für Konsumentenorganisationen. Sie ist der Meinung, dass die direkte Kontrolle im konkreten Einzelfall zuverlässiger ist. Die Konsumierenden, die in Schwierigkeiten sind, können sich von den Konsumentenorganisationen beraten lassen. In unserer Informationsgesellschaft werden Missbräuche in den Medien bekannt gemacht. Dies veranlasst die Anbieter in der Regel, die von der Konsumentenorganisation bemängelten Klauseln in den allgemeinen Geschäftsbedingungen zu ändern, um eine Medienpublikation zu verhindern. Schliesslich ist sie der Meinung, dass sich diese komplexe und umfassende Materie ohnehin nicht mit einer Parlamentarischen Initiative behandeln lässt.

c) *Beratung der Parlamentarischen Initiative*

Beratung der Parlamentarischen Initiative Sommaruga am 11.12.2003 im Nationalrat (Auszug aus *AmtlBull. 2003 NR 1974f.*; mit den Anträgen: *Antrag der Mehrheit*, Der Initiative Folge geben; *Antrag der Minderheit*, Initiative keine Folge geben):

Aus den Beratungen im Plenum: Jutzet Erwin (StR, FR), für die Kommission: Kurz und vereinfacht gesagt geht es bei dieser Initiative um das so genannt Kleingedruckte. Frau Sommaruga knüpft mit ihrer Initiative an eine im Dezember 1994 als Postulat überwiesene Motion 94.3561 unserer ehemaligen Kollegin Ursula Leemann an, welche den Schutz vor missbräuchlichen Klauseln in den allgemeinen Geschäftsbedingungen verlangte. Frau Sommaruga verlangt mit ihrer Initiative, dass ein Gesetz ausgearbeitet werde, welches die Grundsätze über die Gültigkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen und Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln festlegt. Dabei möchte sie einen stärkeren Verbraucherschutz, d.h., nicht alle allgemeinen Geschäftsbedingungen sollen einer abstrakten Inhaltskontrolle unterzogen werden, sondern lediglich Konsumentenverträge, bei denen ein Ungleichgewicht zwischen den von den Anbietern vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen und den Konsumenten besteht. Die Initiantin stützt sich dabei auf die bewährte EU-Richtlinie vom 5. April 1993 über missbräuchliche Vertragsklauseln. Die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen empfahl übrigens im Juni die-

ses Jahres dem Bundesrat in Anlehnung an diese Richtlinie, zur Gewährleistung eines fairen Mindeststandards bei Vertragsklauseln im Konsumentenschutz ein Gesetz auszuarbeiten. Für die Kommission für Rechtsfragen ist der Schutz der schwächeren Vertragspartei unabdingbar. Solche Vorkehren sind auch bereits im Mietrecht oder im Arbeitsrecht vorgesehen. Wo es um die allgemeinen Geschäftsbedingungen geht, sind die Konsumierenden am kürzeren Hebel. Diese Bedingungen sind oft sehr umfangreich und klein gedruckt. Der Anbieter hingegen, der sie verfasst hat, kennt die eigenen Leistungen oder Produkte sehr gut und hat immer einen Informationsvorsprung in Bezug auf den Gegenstand und die Wirkungen des Vertrages. Es geht hier darum, die Vertragsfreiheit auf eine Weise einzuschränken, dass Missbräuchen vorgebeugt wird, z. B. der einseitigen Abänderbarkeit, der einseitigen Kündbarkeit, der übermässigen Entschädigung, der Vertragserfüllungspflicht einseitig zulasten der Konsumenten. Im Unterschied zu den meisten europäischen Ländern kennt die Schweiz keine besondere Regelung der allgemeinen Geschäftsbedingungen; das geltende Recht ist klar unzureichend. Besonders der Irreführungstatbestand in Artikel 8 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb schränkt den Anwendungsbereich dieser Bestimmung allzu sehr ein. Bei der Ausarbeitung einer Vorlage müsste zum einen eingehend geprüft werden, welche Elemente des europäischen Rechtes in das schweizerische Recht aufzunehmen sind. Zum anderen wäre die Systematik so anzupassen, dass die neuen Bestimmungen allgemein anwendbar sind. Nach Auffassung der Kommission überzeugt der Motionsweg nicht. Der Grund liegt darin, dass bereits seit zehn Jahren ein Postulat vorliegt und der Bundesrat bis heute den Rechtsschutz der Konsumenten nicht konkret verbessert hat. Die Kommission empfiehlt Ihnen mit 9 zu 7 Stimmen bei 1 Enthaltung, der parlamentarischen Initiative in der ersten Phase Folge zu geben.

Entscheid des Nationalrats: Der Initiative wird im Nationalrat am 11.12.2003 keine Folge gegeben.

3. Motion Leuthard 2003

03.3422 – Motion **Überprüfung von allgemeinen Geschäftsbedingungen**. Kommission für Rechtsfragen NR (02.461), Minderheit Leuthard (RK-NR 02.461) vom 23.06.2003.

Der Bundesrat wird ersucht, dem Parlament eine Gesamtübersicht über den Konsumentenschutz zu unterbreiten in Verbindung mit einer Vorlage, mit welcher im allgemeinen Teil des Obligationenrechtes die konkrete und abstrakte Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen verbessert wird.

Stellungnahme des Bundesrates:

Die konkrete Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nach schweizerischem Recht gestützt auf Artikel 19 Absatz 2 des Obligationenrechtes (OR) möglich. So sind allgemeine Geschäftsbedingungen, deren Inhalt gesetzwidrig ist oder die gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder das Recht der Persönlichkeit verstossen, nichtig. Die Gerichte zeigten sich bisher allerdings zurückhaltend, wo es um die konkrete Inhaltskontrolle ging. Die abstrakte Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen ist in den Artikeln 8 bis 10 des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) vorgesehen. Während sich die Buchstaben a und b von Artikel 8 UWG auf den Inhalt der Klauseln beziehen, nimmt die Voraussetzung der Irreführung eher Bezug auf die formale Darstellung der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Bei dieser Ausgangslage ist der Bundesrat bereit, Änderungen des schweizeri-

schen Rechtes zu prüfen, die die konkrete und die abstrakte Kontrolle des Inhalts von allgemeinen Geschäftsbedingungen verstärken könnten. Einen Vorschlag wird er dem Parlament im Zusammenhang mit der Revision des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1990 über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (SR 944.0) unterbreiten. Am 16. Juni 2003 hat der Bundesrat dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement einen diesbezüglichen Auftrag erteilt.¹⁷⁵ Ins Auge gefasst wird der Verzicht auf das Erfordernis der Täuschung in Artikel 8 UWG. In diesem Rahmen kann auch eine Gesamtübersicht über das schweizerische Konsumentenschutzrecht vorgenommen werden. Es scheint jedoch wenig angebracht, die abstrakte Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen im Allgemeinen Teil des OR zu regeln, wie dies die Motion verlangt, weil diese Kontrolle in den Artikeln 8 bis 10 UWG bereits vorgesehen ist. Aus diesem Grund lehnt der Bundesrat die verbindliche Form der Motion ab und beantragt, diese in ein Postulat umzuwandeln.

Erklärung des Bundesrates vom 03.09.2003: Der Bundesrat beantragt, die Motion in ein Postulat umzuwandeln. Die Motion wird im Nationalrat am 03.10.2003 in Form eines Postulates überwiesen.

4. Parlamentarische Initiative Sommaruga 2006

06.489 – Parlamentarische Initiative Sommaruga Simonetta «**Gegen missbräuchliche Klauseln im Kleingedruckten**» vom 20.12.2006 (noch nicht beraten).

Eingereichter Text: Gestützt auf Artikel 160 Absatz 1 der Bundesverfassung und auf Artikel 107 des Parlamentsgesetzes reiche ich folgende parlamentarische Initiative ein: Es wird ein Gesetzentwurf erarbeitet, welcher Grundsätze über Gültigkeit und Ungültigkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und missbräuchlichen Vertragsklauseln festlegt sowie eine abstrakte Inhaltskontrolle vorsieht.

Begründung:

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) sind integraler Bestandteil eines Vertrages zwischen einem Unternehmen und einem Konsumenten. Häufig sind die AGB umfassend, detailliert und abstrakt formuliert. Die AGB selbst anerkannter Unternehmen enthalten Bestimmungen, welche offensichtlich die eine Vertragspartei – die Konsumentinnen und Konsumenten – benachteiligen. Beispielsweise bucht ein Konsument einen Hin- und Rückflug bei der Swiss. Notgedrungen muss er zu einem früheren Zeitpunkt am Zielort sein und bucht deshalb einen weiteren Hinflug. Da er einen Rückflug bereits bezahlt hat, geht er davon aus, nicht noch einen zusätzlichen Rückflug buchen zu müssen. Als er in die Schweiz zurückfliegen will, wird ihm am Flughafen mitgeteilt, dass sein Ticket für den Rückflug nicht gültig ist. Denn die AGB der Swiss halten fest, dass der Rückflug ersatzlos verfällt, wenn man den Hinflug nicht wahrnimmt. Derartige Klauseln

¹⁷⁵ Vgl. dazu die entsprechende Empfehlung der Eidg. Kommission für Konsumentenfragen vom 4. Mai 2003 betreffend die Revision des Bundesgesetzes über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (Konsumenteninformationsgesetz, KIG), abgedruckt in JKR 2003 (Bern 2004), S. 475 ff.

in AGB, welche offensichtlich eine Vertragspartei benachteiligen, sind als missbräuchlich zu betrachten. Die EU-Richtlinie von 1993 über missbräuchliche Vertragsklauseln ist mittlerweile in den meisten EU-Ländern in nationales Recht umgesetzt worden. Demnach sind AGB nichtig, wenn sie missbräuchlich und einseitig zulasten der Konsumentinnen und Konsumenten sind. Im Schweizer Recht (Art. 8 UWG) ist für die Feststellung der Unlauterkeit zusätzlich der Tatbestand der Irreführung notwendig. Eine offensichtliche, also missbräuchliche Benachteiligung gilt gemäss dem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) hingegen nicht als unlauter. Der Bundesrat hat sich in seiner Stellungnahme zur Motion 03.3422 der RK-NR am 3. September 2003 bereit erklärt, Änderungen des schweizerischen Rechtes zu prüfen, die die konkrete und die abstrakte Kontrolle des Inhalts von Allgemeinen Geschäftsbedingungen verstärken könnten. «Einen Vorschlag wird er dem Parlament im Zusammenhang mit der Revision des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1990 über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (SR 944.0) unterbreiten. Am 16. Juni 2003 hat der Bundesrat dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement einen diesbezüglichen Auftrag erteilt. Ins Auge gefasst wird der Verzicht auf das Erfordernis der Täuschung in Artikel 8 UWG. In diesem Rahmen kann auch eine Gesamtübersicht über das schweizerische Konsumentenschutzrecht vorgenommen werden.» In der Zwischenzeit hat der Bundesrat entschieden, die Revision des Konsumenteninformatiionsgesetzes nicht weiter zu verfolgen.¹⁷⁶

II. Aktuelle Empfehlungen von Expertenkommissionen zu AGB

1. Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) betreffend Allgemeine Geschäftsbedingungen vom 12. Juni 1997

a) Empfehlung – Text und Begründung

Gestützt auf Artikel 9 Absatz 2 Konsumenteninformatiionsgesetz (KIG) vom 5. Oktober 1990 und Artikel 1 Reglement der Kommission für Konsumentenfragen vom 1. Februar 1966 unterbreitet die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen dem Bundesrat folgende

*Empfehlung:*¹⁷⁷

Der Bundesrat bereitet zur Gewährleistung eines Mindeststandards fairer Vertragsklauseln in Konsumentenverträgen eine Gesetzesvorlage in Anlehnung an die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen vor.

Begründung:

Die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen hat an mehreren Sitzungen die Praxis der Benutzung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und die gesetzlichen Möglichkeiten zur Bekämpfung vorformulierter missbräuchlicher Vertragsklauseln untersucht. Sie ist zum Ergebnis gelangt, dass die gesetzlichen Bestimmungen nach OR

¹⁷⁶ Vgl. dazu: BRUNNER, Konsumenteninformation, S. 51 ff.

¹⁷⁷ Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen (EKK), Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) vom 12. Juni 1997 betreffend Allgemeine Geschäftsbedingungen, JKR 1997, S. 731–748 (Schwerpunkt: Konsumkredit).

und UWG nicht ausreichen, um den Konsumenten ein Mindestmass an Fairness in Vertragsklauseln zu sichern.

1. *Praxis*: Die Praxis ist folgende: Vom Anbieter (oder seinem Wirtschaftsverband) einseitig und zum voraus formulierte Vertragsklauseln regeln heute praktisch alle Konsumentenverträge, ausgenommen Alltagsgeschäfte von geringem Wert. Auf ihren Inhalt kann der Konsument bei Vertragsschluss nur in der Theorie Einfluss nehmen. Die AGB werden vom Anbieter diktiert. Die Klauseln weichen regelmässig vom dispositiven Gesetzesrecht, das einen angemessenen Ausgleich der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien und damit einen gewissen Gerechtigkeitsgehalt enthält, erheblich zu Lasten des Konsumenten ab und überbürden ihm die mit dem Geschäft verbundenen Risiken. Zudem verletzen sie häufig zwingendes Recht. Dem Konsumenten bleibt allenfalls die Möglichkeit, auf ein Konsumgut oder eine Dienstleistung zu verzichten, wenn er sich nicht missbräuchlichen AGB unterwerfen will.

2. *Mängel der geltenden Rechtslage*: Mit Recht hat der Bundesrat in seiner Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983 (BBl 1983 II 1009) festgestellt: «Die AGB treten an Stelle des staatlichen Gesetzes, dessen Funktion sie faktisch übernehmen, ohne aber seine demokratische Legitimation zu besitzen» (BBl 1983 II 1052). Diese Aussage gilt noch heute. Nach praktisch einhelliger Doktrin ist die gegenwärtige Rechtslage unbefriedigend. Die Kommission teilt diese Auffassung. Das OR ermächtigt den Richter nicht ausdrücklich, in einem Verfahren missbräuchliche Vertragsklauseln für nichtig zu erklären. Das Bundesgericht beschränkt sich auf eine blosser Geltungskontrolle von AGB und hält sich nicht für ermächtigt, eine offene Inhaltskontrolle vorzunehmen. Zwar hat das UWG vom 19. Dezember 1986 in Art. 8–10 ein abstraktes Kontrollverfahren eingeführt, das dem Richter die Kompetenz gibt, die Verwendung missbräuchlicher AGB mit Wirkung für die Zukunft zu verbieten. Das Gesetz enthält zudem in der Form einer Generalklausel Kontrollkriterien, die die Feststellung der Missbräuchlichkeit der AGB-Klauseln erleichtern sollen. Die Regelung ist jedoch in der Praxis toter Buchstabe geblieben, da das – erst in den parlamentarischen Beratungen in Art. 8 UWG eingefügte – sog. Irreführungselement die effektive Wahrnehmung der Klagebefugnis durch die Konsumentenorganisationen unmöglich macht.

3. *Notwendigkeit von Korrekturen durch den Gesetzgeber*: Die Situation ruft nach gesetzlichen Korrekturen. Bereits 1983 hatte der Bundesrat für den Fall des Scheiterns der neuen UWG-Lösung die Prüfung «zusätzlicher gesetzgeberischer Massnahmen – etwa im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts –» angekündigt (BBl 1983 II 1053). Die Kommission unterstreicht, dass die Verwendung von AGB in der modernen Wirtschaft unentbehrlich ist. Sie besitzen einen wichtigen Rationalisierungseffekt und sind grundsätzlich ein zweckmässiges Instrument beim Abschluss von Konsumentenverträgen. Die Kommission ist aber überzeugt, dass AGB so formuliert werden müssen, dass das Vertrauen der Konsumenten in den Markt gestärkt wird. Dies ist nur möglich, wenn die Folgen, die sich aus der einseitigen Wahrnehmung der Vertragsfreiheit durch die Anbieter ergeben, korrigiert werden.

4. *Eurokompatibilität*: Es ist die erklärte Politik des Bundesrates nach dem EWR-Nein von 1992, das schweizerische Recht so weit wie möglich dem Recht der Europäischen Union anzugleichen (Doktrin des autonomen Nachvollzugs), um die Nachteile des Abseitsstehens für unser Land so klein wie möglich zu halten (vgl. auch die Entschliessung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen vom 25. Januar 1993 zur Gewährleistung der Konsumenteninteressen in der Nach-EWR-Zeit). Die Prüfung und Übernahme der Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln

in Verbraucherverträgen liegt in diesem Sinne im Interesse der schweizerischen Rechtsordnung.

5. *Kernpunkte einer Reform:* Die tabellarische Gegenüberstellung der AGB-Richtlinie und des geltenden schweizerischen Rechts im Anhang zeigt deutlich dessen wichtigste Lücken und Mängel. Der Nachvollzug der Richtlinie durch den Gesetzgeber würde die Einführung der konkreten und abstrakten Inhaltskontrolle von AGB anhand einheitlicher Kriterien der Missbräuchlichkeit bedeuten. Der Richter hätte eine ausdrückliche Kompetenz, im konkreten Verfahren zwischen Anbieter und Konsument missbräuchliche Klauseln für nichtig zu erklären und, nach Streichung des sog. Irreführungselements in Art. 8 UWG, in abstrakten Verbandsklageverfahren solche Klauseln zu verbieten. Zusammengefasst würde die Übernahme der Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln, die auch die Doktrin fordert,

- das Vertrauen des Konsumenten in das marktwirtschaftliche System stärken;
- dem verfassungsrechtlichen Mandat, Massnahmen zum Schutz der Konsumenten zu treffen (Art. 31^{sexies} BV), und dem sozialpolitischen Gebot, Missbräuchen der Vertragsfreiheit in strukturellen Ungleichgewichtslagen entgegenzuwirken, entsprechen;
- der Diskriminierung schweizerischer Konsumenten gegenüber den Konsumenten des EU- (EWR-)Raumes im Bereich von Vertragsklauseln ein Ende setzen;
- die Eurokompatibilität im Bereich des Vertragsrechts über die bestehenden sektoriellen Ansätze (Konsumkredit, Pauschalreise) hinaus verstärken.

b) *Anhang zur EKK-Empfehlung vom 12. Juni 1997 –
Rechtsvergleich EU–CH*

AGB-Richtlinie vom 5. April 1993
im Vergleich mit dem schweizerischen Recht
(Übersicht)

EU-Recht

RL als horizontale Gesetzgebung zur Bekämpfung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen

CH-Recht

Keine spezielle Gesetzgebung; Teilaspekte in Art. 8–10 UWG erfasst

Anwendungsbereich

Verbrauchervertrag (Art. 1 I; Art. 2 lit. b und c)

Keine Entsprechung im AGB-Bereich; Konsumentenvertrag dem CH-Recht aber als Rechtsfigur bekannt

AGB und andere nicht im einzelnen ausgehandelte Vertragsklauseln (Art. 3 I und II)

AGB in Art. 8 UWG und Art. 256 II a OR erwähnt

Geltungskontrolle bei Einbeziehung von AGB

Dem nationalen Recht zugeordnet

Differenzierte Geltungskontrolle von *Rechtsprechung* auf Grundlage des Vertrauensprinzips entwickelt

F. Dokumentation der Gesetzgebungsvorstösse zu den AGB

Transparenzgebot (Art. 5; Art. 4 II): Klarheit und Verständlichkeit

Keine gesetzliche Entsprechung; mittelbar in der Rechtsprechung als Voraussetzung für Einbeziehung von AGB gefordert

Auslegung von AGB

Auslegung zugunsten des Konsumenten bei mehrdeutigen Klauseln (Art. 5)

Entspricht der von der *Rechtsprechung* entwickelten Unklarheitenregel

Konkrete Inhaltskontrolle

Aus Anlass eines Rechtsstreites Verbraucher – Gewerbetreibender (Art. 7 i.V.m. Art. 4 I)

Von *Rechtsprechung* abgelehnt (aber z.T. unter dem Deckmantel der Geltungskontrolle indirekt vorgenommen)

Rechtsfolgen (Art. 6 I)
– Nichtgeltung der Klausel gegenüber Konsumenten
– Aufrechterhaltung des Vertrags

Keine gesetzliche Entsprechung bei AGB Kontrolle; ähnliche Rechtsfolgen nach Art. 20 II OR bei Nichtigkeit von Vertragsklauseln aus allgemeinen Gründen

Abstrakte Inhaltskontrolle

Unabhängig vom konkreten Rechtsstreit (Art. 7 I–III)

Grundsätzliche Entsprechung in Art. 8–10 UWG

Verfahren, um Verwendung missbräuchlicher Klauseln ein Ende zu setzen

Unterlassungsklage nach Art. 9 I UWG europakonform

Gericht oder Verwaltungsbehörde als Entscheidungsinstanz

Gericht (Art. 9 UWG)

Befugnis von Verbraucherorganisationen, Entscheidungsinstanz anzurufen

Klagebefugnis der Konsumentenorganisationen (Art. 10 II lit. b UWG) europakonform

Verfahren muss «wirksam» sein

Fehlende Wirksamkeit der abstrakten Inhaltskontrolle wegen des sog. Irreführungselementes in Art. 8 UWG

Option, Unterlassungsklagen gegen Gewerbetreibende oder Klage auf Widerruf von AGB-Verbandsempfehlungen zu erheben

Keine Entsprechung

Andere Formen abstrakter Inhaltskontrolle nach RL zulässig, sofern «wirksam»

Andere Formen abstrakter Inhaltskontrolle

– präventive Verwaltungskontrolle von AGB
– kartellrechtliche AGB-Kontrolle
– kollektive Aushandlung von AGB zwischen Anbieter- und Konsumentenorganisationen

– Kontrolle von Versicherungs-AGB durch Behörde weitgehend aufgehoben
– nach KG nur, wenn Wettbewerbsbeschränkungen bestehen; keine Klagebefugnis der Konsumentenorganisationen
– zulässig, aber sehr selten

Kontrollkriterien

Einheitliche Kontrollkriterien für konkrete und abstrakte Inhaltskontrolle

Generalklausel: erhebliches Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner entgegen dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 3 I)

Liste missbräuchlicher Klauseln beispielhaft (nicht erschöpfend) (Art. 3 III i.V.m. Anhang), für Mitgliedstaaten nicht bindend

Generalklausel nach Art. 8 UWG: erhebliche Abweichung von gesetzlicher Ordnung oder von Vertragsnatur – grundsätzliche Entsprechung, aber: nicht europakonform das kumulative Kriterium der Irreführung

Keine Liste in UWG; einzelne Klauselverbote in OR (Art. 100, 101)

Anwendbares Recht

Rechtswahl zulässig. Geltung des Schutzstandards der Richtlinie, wenn Recht eines Drittstaates vereinbart (Art. 6 III)

Rechtswahl in Konsumentenverträgen nicht zulässig (Art. 120 IPRG)

Abschliessende Würdigung

Zentrale **Mängel** des schweizerischen Rechts:

1. Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für eine konkrete Inhaltskontrolle durch den Richter.
2. Fehlende Wirksamkeit der abstrakten Inhaltskontrolle wegen Irreführungselement in Art. 8 UWG.
3. Keine einheitlichen Kontrollkriterien für beide Kontrollverfahren.
4. Fehlen eines Klauselverbotskatalogs.
5. Fehlen von Verfahren zur Beseitigung von AGB-Verbandsempfehlungen, die missbräuchliche Vertragsklauseln gegenüber Konsumenten enthalten.

2. Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) betreffend Allgemeine Geschäftsbedingungen vom 3. Juni 2003

Gestützt auf Artikel 9 Absatz 2 Konsumentinformationsgesetz (KIG) vom 5. Oktober 1990 und Artikel 1 Reglement der Kommission für Konsumentenfragen vom 1. Februar 1966 unterbreitet die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen dem Bundesrat folgende

Empfehlung:¹⁷⁸

¹⁷⁸ Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen (EKK), Empfehlung der Eidgenössischen

Der Bundesrat wird eingeladen, einen Gesetzesvorschlag zu unterbreiten, der das Problem des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch für die Schweiz in angemessener Weise löst.

Begründung

1. Einleitung: Die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen (EKK) hat schon in früheren Jahren das Problem des Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), vor allem im Hinblick auf den Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten in der Schweiz, behandelt. Die EKK verweist insb. auf ihre Empfehlung vom 12. Juni 1997 (vgl.: Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts, JKR 1997, S. 731 ff.). Die Problematik der AGB ist auch heute von unverminderter Aktualität angesichts der Tatsache, dass nahezu alle umliegenden europäischen Staaten entsprechende Gesetzesnormen erlassen haben.

Unter Berücksichtigung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) werden die *Schweizer Konsumenten* gegenüber den ausländischen Konsumenten *diskriminiert*; nach Art. 114 und Art. 120 IPRG finden im Verhältnis zwischen Schweizer Unternehmen und ausländischen Konsumenten die Normen am Wohnsitz der Konsumenten Anwendung. Das bedeutet, dass Schweizer Unternehmen sich bereits heute im gesamten EWR an die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABI. EG Nr. L 95 S. 29) und deren Umsetzung in den Staaten Europas halten müssen. Eine angemessene Lösung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen würde daher auch für Schweizer Unternehmen eine einheitliche Geschäftsgrundlage im Binnenmarkt Schweiz bieten und gleichzeitig die Schweizer Konsumenten den Konsumenten in Europa gleich stellen.

Das *Fehlen einer allgemeinen Lösung* des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Obligationenrecht (OR) führt im schweizerischen Recht aber auch zu einer teilweisen *Diskriminierung einzelner Branchen*, für welche sektoriell Normen über Vertragsbedingungen erlassen werden. So ist nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber bspw. im Bereich der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (sog. AVB) Normen erlässt, dies jedoch in ebenso wichtigen anderen Wirtschaftsbereichen (Banken, Reisebranche, Handel) unterlässt. Zu Recht weisen denn auch die Vertreter der regulierten Branchen auf die Ungleichbehandlung durch den Gesetzgeber hin. Würde zudem eine allgemeine Lösung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Obligationenrecht bestehen (horizontale Gesetzgebung), könnte die Legiferierung in den jeweiligen Teilbereichen (vertikale Gesetzgebung) erheblich vereinfacht und gestrafft werden (vgl. die zur Zeit laufenden Revisionen bspw. im Versicherungsvertragsrecht, VVG). In diesem Sinne wurde die vorliegende EKK-Empfehlung an den Bundesrat vorerst von der Subkommission Europarecht in mehreren Sitzungen vorbereitet und schliesslich in der Sitzung der Hauptkommission vom 3. Juni 2003 einstimmig verabschiedet.

2. Bisherige Gesetzesvorstösse: Das Problem des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist seit Jahrzehnten auf der Traktandenliste des Gesetzgebers und sollte nunmehr endlich einer Lösung zugeführt werden.

Die unzureichenden gesetzlichen Grundlagen haben bisher zu mehreren – jeweils immer überwiesenen – Vorstössen auf eidgenössischer Ebene geführt. Zu erinnern ist an das

schen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) vom 3. Juni 2003 betreffend Allgemeine Geschäftsbedingungen, JKR 2003, S. 458–473 (Schwerpunkt: Krankenkassen aus Konsumentensicht).

POSTULAT LUDER vom 14. Juni 1977 (77.380; AmtlBull. StR 1977, 637–638), an die MOTION ALDER vom 13. Dezember 1978 (78.577; AmtlBull. NR 1979, 596–600), an die MOTION CREVOISIER vom 16. Dezember 1982 (82.941; AmtlBull. NR 1983, 513–514), an die MOTION LEEMANN vom 1994 (94.3561, AmtlBull. NR 1995, 936f.) sowie schliesslich an die PARLAMENTARISCHE INITIATIVE SOMMARUGA vom 20. September 2002 (parlamentarische Beratung noch offen).

3. *Bisherige Rechtsprechung und Lehre:* Rechtsprechung und Lehre sind bei der Lösung des Problems der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Theoriebildungen und allgemeine Prinzipien angewiesen, da eine klare Gesetzesgrundlage fehlt (vgl. dazu Zusammenfassung: ALEXANDER BRUNNER, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis, ZSR 1999 I 305–333). Es ist insbesondere auf die so genannte *Unklarheitsregel* und die so genannte *Ungewöhnlichkeitsregel* hinzuweisen. Dabei stösst vor allem die verdeckte Inhaltskontrolle von Vertragsbedingungen mittels dieser beiden Faustregeln der Praxis auf Kritik. Angesichts dieser Tatsache ist der Gesetzgeber aufgerufen, eine hinreichende Gesetzesgrundlage zu schaffen.

4. *Gesetzestechische Fragen:* Eine *erste* Frage stellt sich, wo eine Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gesetzestechisch einzuordnen wäre. In Frage steht ein *Spezialgesetz* oder die Einordnung in bestehende Gesetze. In Art. 8 UWG besteht bereits eine (rudimentäre) Norm über AGB; diese ist jedoch rein lauterkeitsrechtlich begründet. Die Regelung der AGB gehört aber grundsätzlich ins OR. *Die EKK lässt es offen, wie der Gesetzgeber vorgehen will.* Der Vorschlag geht aber einstweilen davon aus, die Regelung systematisch korrekt in das OR zu integrieren.

Eine *zweite* gesetzestechische Frage stellt sich, ob die Regelung der AGB mit einer *Generalnorm* oder zusätzlich mit *ausformulierten Spezialnormen* (vgl. *Anhang der EU-RL*) arbeiten soll. Es stellt sich insb. die Frage, ob die Detailliertheit der EU-RL tatsächlich dem üblichen Vorgehen des schweizerischen Gesetzgebers entspricht.

Eine *dritte* gesetzestechische Frage stellt sich beim Konzept des so genannten *soft-law*, wie dies bei den Deklarations-Vereinbarungen nach KIG der Fall ist. Der Vorteil von *soft-law* ist die Praxisnähe; der Nachteil jedoch ist die mangelnde Durchsetzbarkeit. Der nachfolgende Vorschlag (vgl. Ziff. 5 der EKK-Empfehlung) enthält zumindest eine Option auf die Möglichkeit von Vereinbarungen zwischen Verbänden der Anbieter und Konsumenten.

5. *EKK-Gesetzesentwurf:* Um die Probleme des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen korrekt einzuordnen, unterbreitet die Kommission nachfolgend einen *Vergleich* sowie die *Integration* einer möglichen Regelung in das Schweizerische Obligationenrecht. In der *linken Spalte* wird das heute geltende Recht angeführt, in der *rechten Spalte* die Revisionsvorschläge der Kommission.

Obligationenrecht (SR 220)

EKK Vorentwurf OR-Revision AGB

OR Art. 1

A. Abschluss des Vertrages

I. Übereinstimmende Willensäusserung

1. Im allgemeinen

¹ Zum Abschlusse eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich.

² Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein.

OR Art. 2

2. Betreffende Nebenpunkte

¹ Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern sollte.

² Kommt über die vorbehaltenen Nebenpunkte eine Vereinbarung nicht zustande, so hat der Richter über diese nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden.

³ Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die Form der Verträge.

OR Art. 3

II. Antrag und Annahme

1. Antrag mit Annahmefrist

¹ Wer einem andern den Antrag zum Abschlusse eines Vertrages stellt und für die Annahme eine Frist setzt, bleibt bis zu deren Ablauf an den Antrag gebunden.

² Er wird wieder frei, wenn eine Annahmeerklärung nicht vor Ablauf dieser Frist bei ihm eingetroffen ist.

OR Art. 4

2. Antrag ohne Annahmefrist

a. Unter Anwesenden

¹ Wird der Antrag ohne Bestimmung einer Frist an einen Anwesenden gestellt und nicht sogleich angenommen, so ist der Antragsteller nicht weiter gebunden.

² Wenn die Vertragschliessenden oder ihre Bevollmächtigten sich persönlich des Telefons bedienen, so gilt der Vertrag als unter Anwesenden abgeschlossen.

OR Art. 5

b. Unter Abwesenden

¹ Wird der Antrag ohne Bestimmung einer Frist an einen Abwesenden gestellt, so bleibt der Antragsteller bis zu dem Zeitpunkte gebunden, wo er den Eingang der

Antwort bei ihrer ordnungsmässigen und rechtzeitigen Absendung erwarten darf.

² Er darf dabei voraussetzen, dass sein Antrag rechtzeitig angekommen sei.

³ Trifft die rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung erst nach jenem Zeitpunkte bei dem Antragsteller ein, so ist dieser, wenn er nicht gebunden sein will, verpflichtet, ohne Verzug hiervon Anzeige zu machen.

OR Art. 6

3. Stillschweigende Annahme

Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird.

OR Art. 6a

3a. Zusendung unbestellter Sachen

¹ Die Zusendung einer unbestellten Sache ist kein Antrag.

² Der Empfänger ist nicht verpflichtet, die Sache zurückzusenden oder aufzubewahren.

³ Ist eine unbestellte Sache offensichtlich irrtümlich zugesandt worden, so muss der Empfänger den Absender benachrichtigen.

OR Art. 7

4. Antrag ohne Verbindlichkeit, Auskündigung, Auslage

¹ Der Antragsteller wird nicht gebunden, wenn er dem Antrage eine die Behaftung ablehnende Erklärung beifügt, oder wenn ein solcher Vorbehalt sich aus der Natur des Geschäftes oder aus den Umständen ergibt.

² Die Versendung von Tarifen, Preislisten u. dgl. bedeutet an sich keinen Antrag.

³ Dagegen gilt die Auslage von Waren mit Angabe des Preises in der Regel als Antrag.

OR Art. 8

5. Preisausschreiben und Auslobung

¹ Wer durch Preisausschreiben oder Auslobung für eine Leistung eine Belohnung

aussetzt, hat diese seiner Auskündigung gemäss zu entrichten.

² Tritt er zurück, bevor die Leistung erfolgt ist, so hat er denjenigen, die auf Grund der Auskündigung in guten Treuen Aufwendungen gemacht haben, hiefür bis höchstens zum Betrag der ausgesetzten Belohnung Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihnen die Leistung doch nicht gelungen wäre.

OR Art. 9

6. Widerruf des Antrages und der Annahme

¹ Trifft der Widerruf bei dem anderen Teile vor oder mit dem Antrage ein, oder wird er bei späterem Eintreffen dem andern zur Kenntnis gebracht, bevor dieser vom Antrag Kenntnis genommen hat, so ist der Antrag als nicht geschehen zu betrachten.

² Dasselbe gilt für den Widerruf der Annahme.

OR Art. 10

III. Beginn der Wirkungen eines unter Abwesenden geschlossenen Vertrages

¹ Ist ein Vertrag unter Abwesenden zustande gekommen, so beginnen seine Wirkungen mit dem Zeitpunkte, wo die Erklärung der Annahme zur Absendung abgegeben wurde.

² Wenn eine ausdrückliche Annahme nicht erforderlich ist, so beginnen die Wirkungen des Vertrages mit dem Empfange des Antrages.

Rev OR Art. 10a

IV. Allgemeine Geschäftsbedingungen

1. Einbeziehung in den Vertrag

¹ Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

² Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismässigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

Rev OR Art. 10b

2. Vorrang der Individualabrede

¹ Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

² Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen richtet sich im Übrigen nach Art. 18aff. OR.

Rev OR Art. 10c

3. Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit

¹ Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.

² Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.

OR Art. 11

B. Form der Verträge

I. Erfordernis und Bedeutung im Allgemeinen

¹ Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt.

² Ist über Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab.

OR Art. 12

II. Schriftlichkeit

1. Gesetzlich vorgeschriebene Form

a. Bedeutung

Ist für einen Vertrag die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben, so gilt diese Vorschrift auch für jede Abänderung, mit Ausnahme von ergänzenden Nebenbestimmungen, die mit der Urkunde nicht im Widerspruche stehen.

OR Art. 13

b. Erfordernisse

¹ Ein Vertrag, für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, muss die Unterschriften aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet werden sollen.

² Sofern das Gesetz es nicht anders bestimmt, gilt als schriftliche Form auch der Brief oder das Telegramm, vorausgesetzt, dass der Brief oder die Aufgabedepesche die Unterschrift derjenigen trägt, die sich verpflichten.

OR Art. 14

c. Unterschrift

¹ Die Unterschrift ist eigenhändig zu schreiben.

² Eine Nachbildung der eigenhändigen Schrift auf mechanischem Wege wird nur da als genügend anerkannt, wo deren Gebrauch im Verkehr üblich ist, insbesondere wo es sich um die Unterschrift auf Wertpapieren handelt, die in grosser Zahl ausgegeben werden.

³ Für den Blinden ist die Unterschrift nur dann verbindlich, wenn sie beglaubigt ist, oder wenn nachgewiesen wird, dass er zur Zeit der Unterzeichnung den Inhalt der Urkunde gekannt hat.

OR Art. 15

d. Ersatz der Unterschrift

Kann eine Person nicht unterschreiben, so ist es, mit Vorbehalt der Bestimmungen über den Wechsel, gestattet, die Unterschrift durch ein beglaubigtes Handzeichen

zu ersetzen oder durch eine öffentliche Beurkundung ersetzen zu lassen.

OR Art. 16

2. Vertraglich vorbehaltene Form

¹ Ist für einen Vertrag, der vom Gesetze an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten worden, so wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen.

² Geht eine solche Abrede auf schriftliche Form ohne nähere Bezeichnung, so gelten für deren Erfüllung die Erfordernisse der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftlichkeit.

OR Art. 17

C. Verpflichtungsgrund

Ein Schuldbekenntnis ist gültig auch ohne die Angabe eines Verpflichtungsgrundes.

OR Art. 18

D. Auslegung der Verträge, Simulation

¹ Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen.

² Dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, kann der Schuldner die Einrede der Simulation nicht entgegensetzen.

Rev OR Art. 18

(nur Randtitelergänzung)

(sonst gleicher Text)

D. Auslegung der Verträge

I. Grundsatz und Simulation

(Absatz 1 gleicher Text wie bisher)

(Absatz 2 gleicher Text wie bisher)

Rev OR Art. 18a

II. Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

1. Mehrdeutige Klauseln

¹ Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen klar und deutlich formuliert sein.

² Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ausgelegt. Die Partei, die einen vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichenden besonderen Sprachgebrauch zwischen den Parteien behauptet, hat diesen zu beweisen.

Rev OR Art. 18b

2. Ungewöhnliche Klauseln

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, mit denen der Vertragspartner des Verwenders nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) nicht zu rechnen braucht, werden nicht Inhalt des Vertrages.

Rev OR Art. 18c

3. Zweifel bei der Auslegung

Zweifel bei der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.

OR Art. 19

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.

OR Art. 20

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.

OR Art. 21

III. Übervorteilung

¹ Wird ein offenkundiges Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist, so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen.

² Die Jahresfrist beginnt mit dem Abschluss des Vertrages.

Rev OR Art. 21a

**IV. Inhaltskontrolle von
Allgemeinen Geschäftsbedingungen**

1. Anwendungsbereich

¹ Die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäss Art. 21b findet Anwendung bei Konsumentenverträgen.

² Als Konsumentenverträge im Sinne dieser Bestimmung gelten Verträge über Waren und Dienstleistungen, die für die persönlichen oder familiären Zwecke des Konsumenten oder der Konsumentin bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden.

³ Weist der Anbieter nach, dass der Konsument oder die Konsumentin aufgrund seiner Fachkenntnisse und seiner Stellung die Bedingungen hätte frei aushandeln können, so entfällt deren Inhaltskontrolle.

Rev OR Art. 21b

2. Grundsatz der Inhaltskontrolle

¹ Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Konsumenten entgegen den Geboten von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) unangemessen benachteiligen.

² Eine unangemessene Benachteiligung des Konsumenten ist im Zweifel anzu-

nehmen, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen

a) von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder

b) eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.

³ Bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die zwischen Anbieter- und Konsumentenorganisationen paritätisch ausgehandelt wurden, wird vermutet, dass sie frei ausgehandelt und nicht missbräuchlich sind. Der Bundesrat erlässt die Ausführungsbestimmungen für das paritätische und repräsentative Aushandeln solcher Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

6. Kurzbegründung zum EKK-Vorentwurf OR-Revision AGB:

Zu Art. 10a – Art. 10c EKK Vorentwurf OR-Revision AGB: Diese Regelung klärt den *Vertragsabschluss* unter Verwendung von AGB. Sie entspricht der bereits heute geltenden Rechtsprechung und Lehre und findet allgemein Anwendung, d.h. sowohl für allgemeine Verträge als auch für Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten.

Zu Art. 18a – Art. 18c EKK Vorentwurf OR-Revision AGB: Diese Regelungen betreffen die *Auslegung* von AGB. Auch sie entsprechen der bereits heute geltenden Rechtsprechung und Lehre und finden allgemein Anwendung, d.h. sowohl für allgemeine Verträge als auch für Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten.

Entscheidend für Konsumentinnen und Konsumenten ist dabei Art. 18a. AGB müssen klar und deutlich sein. Mehrdeutigkeiten ergeben sich in der Rechtsprechung meist bei Unkenntnis einer *Fachsprache*. In der Regel muss daher der Verwender, wenn er Fachausdrücke gebraucht, die gegen den allgemeinen Sprachgebrauch (Absatz 2, erster Satz) verstossen, beweisen, dass die Gegenpartei den abweichenden Sinn verstanden hat (Absatz 2, zweiter Satz).

Zu Art. 21a EKK Vorentwurf OR-Revision AGB: Eine klare Regelung in Bestätigung der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts bringt Art. 21a des Vorentwurfs mit Bezug auf die *Inhaltskontrolle* von AGB (vgl. BGer, 26.6.1997 = BGE 123 III 292–305 = Pra 86 Nr. 142 = JKR 1998, 461–468).

Absatz 1 von Artikel 21a Vorentwurf verweist dabei auf den Grundsatz von Artikel 21b Vorentwurf (Generalklausel). Der EKK stellte sich hier die Frage, ob der Klauselkatalog des Anhangs der EU-RL in der einen oder anderen Form übernommen werden sollte. Der Vorentwurf beschränkt sich indessen auf die *Generalklausel*, was eher der schweizerischen Gesetzestechnik entsprechen und in der Rechtsprechung zu analogen Ergebnissen führen dürfte. Immerhin geht hier die EKK von ihrer Aufgabenstellung her davon aus,

dass die Inhaltskontrolle auf den Sozialschutz beschränkt werden sollte, womit die Inhaltskontrolle nur bei Konsumentenverträgen zur Anwendung gelangen würde. Die EKK lässt es dabei ausdrücklich offen, ob der Bundesgesetzgeber die Inhaltskontrolle ausweiten will (bspw. auf Tatbestände und Schutz der KMU) oder nicht.

Absatz 2 von Artikel 21a Vorentwurf übernimmt in diesem Sinne dementsprechend die klassische Definition des Konsumentenvertrages. Bekanntlich sind hier drei Abgrenzungen möglich: KMU-Abgrenzung, positive oder negative Definition des Konsumentenvertrags. Die EKK hat sich für die *positive Definition* entschieden, allerdings in der angepassten Form der neuesten Gesetzes in diesem Zusammenhang, dem schweizerischen Gerichtsstandsgesetz (vgl. Artikel 22 Absatz 2 GestG).

Absatz 3 von Artikel 21a Vorentwurf soll in *Einzelfällen* verhindern, dass der Konsumentenschutz in nicht legitimierbaren Fällen zur Anwendung gelangt (bspw. Direktoren, Fachleute, etc.). Es handelt sich hier um die Anwendung des zutreffenden theoretischen Ansatzes der Arbeit von URS M. WEBER-STECHER, Internationales Konsumvertragsrecht. Grundbegriffe, Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung sowie anwendbares Recht (LugÜ, IPRG, EVÜ, EGBGB), Zürich 1997. Liegt ein Konsumentenvertrag vor, so gilt der Grundsatz der Inhaltskontrolle von Artikel 21b Vorentwurf. Ein gängiges Argument gegen den Konsumentenschutz bringt jedoch vor, dass auch Personen unter den Schutz fallen, die eines solchen Schutzes nicht bedürfen. Nach Absatz 3 von Artikel 21a besteht in solchen Fällen die Möglichkeit des Anbieters, die natürliche *Vermutung eines Informations- und Machtgefälles zwischen Anbieter und Konsument zu entkräften*. Die EKK ist der Auffassung, dass durch eine solche Regelung die allgemeine Akzeptanz für einen echten Konsumentenschutz erhöht wird.

Zu Art. 21b EKK Vorentwurf OR-Revision AGB: Absätze 1 und 2 bilden den *Kernpunkt* des Vorentwurfs. Es handelt sich um eine flexible Lösung für die Konsumentenverträge. Sie lehnt sich an das bisherige schweizerische Recht an (Artikel 8 UWG), vermeidet jedoch das von der herrschenden Lehre einhellig kritisierte Element der Irreführung beim Vertragsabschluss (vgl. Zusammenfassung: BRUNNER, a.a.O., FN 96). Es handelt sich eindeutig um eine Gesetzgebung, die sich auf den *Missbrauch von AGB* beschränkt. Positiv zu vermerken ist hier, dass das schweizerische Recht damit gleichzeitig europakompatibel wird, entspricht doch die im Sinne der Lehre berichtigte schweizerische Lösung von Artikel 8 UWG im Kernpunkt dem Artikel 3 Absatz 1 der EU-RL über missbräuchliche Klauseln.

Absatz 3 von Artikel 21b Vorentwurf sieht sodann wiederum ein Korrektiv vor. Die Missbräuchlichkeit wird dann nicht vermutet, wenn AGB frei ausgehandelt sind. Dies kann auch bei paritätisch und repräsentativ ausgehandelten AGB der Fall sein (Konzept KIG). Allerdings ist kritisch anzumerken, dass die KIG-Konzeption in der Praxis kaum zur Anwendung kommt und dass auch das sog. Aussenseiter-Problem nicht gelöst ist (vgl. analoges Konzept der AVE von GAV im Arbeitsrecht).

3. Expertenentwurf Brunner/Rehbinder/Stauder – VE-KSchG 2003

Anmerkung:

Der nachfolgende Vorentwurf für ein schweizerisches Konsumentenschutzgesetz (VE-KSchG) ist im Jahre 2003 der Bundesverwaltung eingereicht, von den Auto-

ren¹⁷⁹ bisher aber nicht veröffentlicht worden.¹⁸⁰ Im *Kontext der Problematik der AGB* wird dies vorliegend nachgeholt. Der Anhang des VE-KSchG befasst sich mit einem Vorschlag zur Ergänzung des OR und des UWG. Sodann ist im vorvertraglichen Bereich eine *Informationspflicht der Anbieter* vorgesehen, AGB rechtzeitig dem Konsumenten bekannt zu geben (vgl. nachfolgend: Art. 6 Abs. 1 VE-KSchKG).

Vorentwurf 2003

**Gesetz über den Schutz der Konsumenten
(Konsumentenschutzgesetz, KSchG) vom ... (SR 944.0)**

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, gestützt auf Artikel 97 sowie auf die Artikel 73, Artikel 118, Artikel 122 und Artikel 123 der Bundesverfassung, nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom

beschliesst:

1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Zweck

Dieses Gesetz soll die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (nachfolgend: Konsumenten) gewährleisten und ihre Sicherheit und Gesundheit sowie ihre wirtschaftlichen, rechtlichen und politischen Interessen schützen.

Art. 2 Anwendungsbereich

Dieses Gesetz ist anwendbar, sofern nicht andere Bundesgesetze abweichende oder weitergehende Bestimmungen enthalten.

Art. 3 Begriffe

Im Sinne dieses Gesetzes gelten als:

- a. *Konsument*: Jede natürliche Person, die Waren oder Dienstleistungen zu einem Zweck erwirbt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.
- b. *Anbieter von Waren oder Dienstleistungen*: Jede Person, die eine Ware oder eine Dienstleistung im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit in Verkehr bringt.
- c. *Nachhaltiger Konsum*: Der Konsum von Waren oder Dienstleistungen, der zur Deckung der Grundbedürfnisse der Konsumenten und gleichzeitig zur Verbesserung ihrer Lebensqualität dient, wobei die natürlichen Ressourcen sparsam eingesetzt und die Immissionen begrenzt werden, um die Bedürfnisse der künftigen Generationen nicht zu gefährden.

¹⁷⁹ ALEXANDER BRUNNER, Vizepräsident der Eidg. Kommission für Konsumentenfragen und Oberrichter am Handelsgericht Zürich; MANFRED REHBINDER, emeritierter Professor der Universität Zürich; BERND STAUDER, emeritierter Professor der Universität Genf.

¹⁸⁰ Vgl. zur Weiterentwicklung des VE-KSchG, BRUNNER, Konsumenteninformation, S. 51 ff., insb. 57 ff.

Art. 4 Grundsätze

¹ Die Anbieter von Waren oder Dienstleistungen sind verpflichtet, den Konsumenten insbesondere jene Informationen zu übermitteln, die es ihnen ermöglichen:

- a. eine freie und informierte Wahl zu treffen;
- b. die Risiken von Waren oder Dienstleistungen für ihre Sicherheit und Gesundheit sowie für ihre wirtschaftlichen Interessen einzuschätzen und zu vermeiden;
- c. ihre Rechte zu kennen und auszuüben.

² Diese Information muss:

- a. objektiv und umfassend sein;
- b. klar, leicht verständlich und in den Amtssprachen des Bundes verfasst sein.

Art. 5 Berücksichtigung der Konsumenteninteressen

¹ Der Bund fördert bei Festlegung und Umsetzung seiner Politik die Interessen der Konsumenten und gewährleistet ein hohes Schutzniveau.

² Die Erfordernisse des Konsumentenschutzes werden auch bei der Festlegung und Durchführung anderer Politikbereiche des Bundes berücksichtigt.

2. Kapitel: Pflichten des Anbieters von Waren und Dienstleistungen

Art. 6 Deklaration von Waren und Dienstleistungen

¹ Die Anbieter sind verpflichtet, die Konsumenten in transparenter Weise und in einer Form, die einen objektiven Vergleich ermöglicht, über ihre Identität sowie über Waren und Dienstleistungen und deren wesentliche Eigenschaften zu informieren. Die beim Angebot von Waren oder Dienstleistungen verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind den Konsumenten rechtzeitig vor Eingehung einer vertraglichen Verpflichtung zur Kenntnis zu geben.

² Wesentliche Eigenschaften einer Ware sind insbesondere:

- a. die Zusammensetzung sowie Herkunft und Ursprung;
- b. die Gebrauchsanweisung und die Installation- oder Montageanleitung;
- c. die Risiken, die diese Ware für die Sicherheit und die Gesundheit sowie für die wirtschaftlichen Interessen der Konsumenten enthalten können;
- d. der tatsächlich zu zahlende Preis.

³ Wesentliche Eigenschaften einer Dienstleistung sind insbesondere:

- a. der Gegenstand und der Inhalt der Dienstleistung;
- b. die Modalitäten bezüglich Zugang, Geltungsdauer und Verwendung;
- c. die Risiken, die diese Dienstleistung für die Sicherheit und die Gesundheit sowie für die wirtschaftlichen Interessen der Konsumenten enthalten oder enthalten können;
- d. der tatsächlich zu zahlende Preis.

⁴ Das Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnis der Anbieter bleibt gewahrt.

⁵ Die Deklarationen für Waren oder Dienstleistungen, die von ausländischen Anbietern in Verkehr gesetzt worden sind, werden anerkannt, wenn sie ausländische Normen erfüllen, die den Anforderungen dieses Gesetzes gleichwertig sind.

⁶ Der Bundesrat erlässt die erforderlichen Ausführungsbestimmungen.

⁷ Vorbehalten bleiben Bundesvorschriften, die weiter gehende Deklarationen von Waren oder Dienstleistungen vorsehen (Artikel 2).

Art. 7 Sicherheit von Waren und Dienstleistungen

¹ Die Anbieter von Waren und Dienstleistungen dürfen nur sichere Produkte in Verkehr bringen.

² Waren und Dienstleistungen gelten als sicher, wenn sie den Gesundheits- und Sicherheitsanforderungen für die Vermarktung entsprechen und bei vernünftigerweise vorher-

sehbarer Verwendung während der vernünftigerweise vorhersehbaren Dauer der Nutzung keine oder nur geringe Risiken für die Gesundheit und Sicherheit von Konsumenten darstellen.

³ Die Anbieter sind verpflichtet, Massnahmen zu treffen, die es ermöglichen:

- a. Gefahren der in Verkehr gebrachten Waren oder Dienstleistungen zu erkennen;
- b. Vorkehren zu treffen, um bei nicht sicheren Waren oder Dienstleistungen die Konsumenten angemessen und wirksam zu warnen und gegebenenfalls die Waren oder Dienstleistungen vom Markt zu nehmen oder den Rückruf von Waren bei den Konsumenten oder das Unterlassen von Dienstleistungen an Konsumenten zu veranlassen.

3. Kapitel: Aufgaben des Bundes

Art. 8 Information

¹ Der Bund gibt der Öffentlichkeit, insbesondere den betroffenen Konsumenten jene Informationen, die erforderlich sind, um eine von Waren oder Dienstleistungen ausgehende Gefahr für die Sicherheit und die Gesundheit abzuwenden, wenn:

- a. Gefahr in Verzug ist und
- b. die Anbieter, welche die Waren oder Dienstleistungen in Verkehr gesetzt haben, es unterlassen, ihren Informationspflichten oder ihren Pflichten zur Ergreifung von Massnahmen gegen gefährliche Waren oder Dienstleistungen nachzukommen oder
- c. die Anbieter, welche die Waren und Dienstleistungen in Verkehr gesetzt haben, ihre berufliche oder gewerbliche Tätigkeit aufgegeben haben oder unbekannt sind.

² Der Bund wahrt das Prinzip der Verhältnismässigkeit.

Art. 9 Koordination

¹ Der Bund koordiniert die Tätigkeit der mit der Information der Öffentlichkeit, insbesondere der betroffenen Konsumenten beauftragten staatlichen Organe. Er berücksichtigt dabei die Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen und im interkantonalen Bereich sowie die Organisationen der Anbieter und der Konsumenten.

² Der Bund kann ein Koordinationsorgan auf Bundesebene schaffen. Der Bundesrat erlässt die hierfür notwendigen Bestimmungen.

Art. 10 Förderung des nachhaltigen Konsums

Der Bund fördert den nachhaltigen Konsum. Zu diesem Zweck koordiniert er insbesondere die Vollziehungsverordnungen und die Rechtsanwendung im Bereich der Umweltschutz- und Konsumentenschutzgesetzgebung.

Art. 11 Förderung der Konsumentenbildung

Der Bund fördert die Konsumentenbildung. Zu diesem Zweck kann der Bund insbesondere Beiträge an die Kantone, Universitäten und Fachhochschulen ausrichten.

4. Kapitel: Aussergerichtliche Beilegung von Konsumentenstreitigkeiten

Art. 12 Förderung der aussergerichtlichen Streitbeilegung

Der Bund fördert die Schaffung von Organisationen, die als aussergerichtliche Schlichtungsstellen Streitigkeiten zwischen Anbietern und Konsumenten beilegen.

Art. 13 Voraussetzung der Anerkennung

Es werden nur solche Organisationen anerkannt und gefördert, die folgende Voraussetzungen erfüllen:

- a. Unabhängigkeit der Organisation mit paritätischer Vertretung von Anbietern und Konsumenten;

- b. Transparenz der Organisation mit Pflicht zur Veröffentlichung von Jahresberichten über die gefällten Entscheide;
- c. Kontradiktorisches Verfahren mit Pflicht zur Anhörung der betroffenen Anbieter und Konsumenten;
- d. Legalität des Verfahrens mit Pflicht zur Einhaltung der staatlichen Rechtsnormen, insbesondere im Bereich des Konsumentenschutzes.

5. Kapitel: Finanzhilfe und Durchführung von Tests

Art. 14 Grundsätze der Finanzhilfe

¹ Der Bund kann unabhängigen Konsumentenorganisationen, deren Tätigkeit von gesamtschweizerischer Bedeutung ist und die sich statutengemäss ausschliesslich dem Konsumentenschutz widmen, im Rahmen der bewilligten Kredite Finanzhilfe von höchstens 50 Prozent der anrechenbaren Kosten gewähren, insbesondere für:

- a. die objektive und fachgerechte Information der Konsumenten in Print- oder elektronischen Medien;
- b. die Durchführung vergleichender Tests über Eigenschaften von Waren und Dienstleistungen;
- c. die Teilnahme an den Arbeiten der staatlichen und internationalen Organisationen der Normierung;
- d. die Ausübung der Klagebefugnis nach Art. 10 Abs. 1 lit. b UWG.

² Der Bund kann Finanzhilfe nach Abs. 1 lit. a auch anderen Organisationen gewähren, deren Tätigkeit von gesamtschweizerischer Bedeutung ist und die sich statutengemäss der Konsumenteninformation in einem spezifischen Bereich widmen.

Art. 15 Durchführung vergleichender Tests

¹ Eine Organisation, die für die Durchführung vergleichender Tests nach Art. 14 Abs. 1 lit. b) Finanzhilfe erhält, muss die Einhaltung einer unabhängigen Planung und Durchführung der Tests gewährleisten.

² Tests in Sinne dieses Gesetzes müssen folgende Voraussetzungen erfüllen:

- a. bei der Auswahl der Testthemen und bei der Durchführung der Tests ist auf das Informationsbedürfnis der Konsumenten abzustellen
- b. die Tests sind nach wissenschaftlichen Grundsätzen durchzuführen;
- c. es ist eine technisch einwandfreie, fachkundige und neutrale Durchführung der Tests sicherzustellen;
- d. es ist den betroffenen Anbietern vor der Veröffentlichung der Testergebnisse ein Anhörungsrecht einzuräumen.

Art. 16 Ausführungsbestimmungen

Der Bundesrat erlässt die Ausführungsbestimmungen für die Finanzhilfe und die Durchführung von Tests.

6. Kapitel: Aufgaben der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen und des Eidgenössischen Büros für Konsumentenfragen

Art. 17 Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen

¹ Der Bundesrat wählt eine Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen, in der die Konsumenten, die Anbieter und die Wissenschaft zu je einem Drittel vertreten sind.

² Die Kommission berät den Bundesrat und die Departemente in den Angelegenheiten, welche die Konsumenten betreffen.

³ Die Kommission fördert die partnerschaftliche Lösung von Konsumentenfragen.

Art. 18 Eidgenössisches Büro für Konsumentenfragen

¹ Das Eidgenössische Büro für Konsumentenfragen fördert die Information und den Schutz der Konsumenten.

² Es dient als Verbindungsorgan zwischen den Konsumenten und der Bundesverwaltung.

³ Es hat namentlich folgende Aufgaben:

- a. präventive Information der Konsumenten über die Sicherheit von Waren und Dienstleistungen und über Täuschungen durch Waren und Dienstleistungen, sofern nicht andere Bundesorgane hierfür zuständig sind, sowie Information über die Möglichkeiten der aussergerichtlichen Beilegung von Konsumentenstreitigkeiten im Sinne dieses Gesetzes;
- b. Beratung der Konsumenten in allgemeinen Konsumentenfragen;
- c. Mitwirkung bei der Erarbeitung von Bundeserlassen, welche die Konsumenteninteressen betreffen;
- d. Betreuung des Sekretariates der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen;
- e. Behandlung der Gesuche um Finanzhilfe (Artikel 14–15);
- f. Vertretung der Konsumenten in internationalen Organisationen, die sich mit Konsumentenfragen befassen.

7. Kapitel: Strafbestimmungen

Art. 19 Vergehen

¹ Mit Gefängnis und einer Busse von bis zu 500 000 Franken wird bestraft:

- a. der Anbieter von Waren und Dienstleistungen, der das Leben oder die Gesundheit der Konsumenten gefährdet, indem er Waren oder Dienstleistungen in Verkehr bringt, die nicht sicher sind (Artikel 7);
- b. der Anbieter von Waren oder Dienstleistungen, der es unterlässt, eine nicht sichere Ware oder Dienstleistung gemäss Artikel 7 aus dem Verkehr zu ziehen.

² Handelt der Täter fahrlässig, so beträgt die Busse bis zu 100 000 Franken.

Art. 20 Übertretungen

¹ Mit einer Busse von bis zu 100 000 Franken wird bestraft:

- a. der Anbieter, der den Konsumenten die nach gesetzlichen Vorschriften gebotenen Informationen nicht zur Verfügung stellt;
- b. der Anbieter einer Ware oder Dienstleistung, der eine den Konsumenten täuschende Information bezüglich einer Ware oder Dienstleistung nicht berichtet.

² Handelt der Täter fahrlässig, so beträgt die Busse bis zu 50 000 Franken.

³ In leichten Fällen kann auf die Bestrafung verzichtet werden.

Art. 21 Einziehung des unrechtmässigen Ertrags

¹ Verstösst ein Unternehmen gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes, so wird es mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet.

² Das Gericht bemisst die Höhe der Einziehung nach der Schwere des Verstosses, der Höhe des erzielten Gewinnes, der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens sowie nach der Gefahr der Begehung weiterer Verstösse, für die das Unternehmen verantwortlich wäre.

³ Als Unternehmen im Sinne dieses Artikels gelten juristische Personen, Gesellschaften und Einzelfirmen.

⁴ Das Gericht kann im Sinne von Artikel 60 des Strafgesetzbuches vom eingezogenen unrechtmässigen Ertrag des Unternehmens Zuwendungen an geschädigte Konsumenten verfügen.

Art. 22 Übrige Massnahmen

¹ Das Gericht kann, wenn es die Gesundheit und Sicherheit sowie der Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Konsumenten erfordert, in schweren Fällen folgende Massnahmen anordnen:

- a. ein vorläufiges Verbot, eine Ware oder Dienstleistung anzubieten, und gegebenenfalls ein Gebot, die Ware zurückzunehmen;
- b. ein Berufsausübungsverbot oder ein Verbot, ein Unternehmen oder ein Gewerbe zu betreiben;
- c. die Veröffentlichung des Urteils nach Artikel 61 des Strafgesetzbuches.

² Die in Absatz 1 dieses Artikels vorgesehenen Massnahmen werden ab dem Tag wirksam, an dem das Urteil in Rechtskraft erwächst.

Art. 23 Vorsorgliche Information der Öffentlichkeit

Das Gericht kann, wenn es die Gesundheit und Sicherheit oder der Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Konsumenten erfordert, in schweren Fällen und wenn Gefahr in Verzug ist, die vorsorgliche Information der Öffentlichkeit über die Einleitung einer Untersuchung und über die vom Gericht angeordneten Massnahmen verfügen.

Art. 24 Strafverfolgung

¹ Die Strafverfolgung ist Sache der Kantone.

² Die kantonalen Behörden teilen sämtliche Urteile und Massnahmen unverzüglich und unentgeltlich in vollständiger Ausfertigung der Bundesanwaltschaft zuhanden des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes mit.

8. Kapitel: Schlussbestimmungen

Art. 25 Aufhebung und Änderung des bisherigen Rechts

Die Aufhebung und Änderung des bisherigen Rechts wird im Anhang dieses Gesetzes geregelt.

Art. 26 Vollzug dieses Gesetzes

Der Bundesrat wird mit dem Vollzug dieses Gesetzes beauftragt. Er erlässt die notwendigen Vollziehungsverordnungen.

Art. 27 Evaluation

Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement sorgt für die Evaluation der Massnahmen, die auf Grund dieses Gesetzes getroffen werden.

Art. 28 Referendum und Inkrafttreten

¹ Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

² Der Bundesrat bestimmt das Datum des Inkrafttretens.

Anhang: Aufhebung und Änderung des bisherigen Rechts

I Das Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten wird aufgehoben.

II Die nachstehenden Bundesgesetze werden wie folgt geändert:

1. Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR)

Art. 20 Abs. 2

Vorformulierte Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nichtig, wenn sie missbräuchlich im Sinne von Artikel 8 UWG sind.

Der heutige Absatz 2 wird neu zum Absatz 3.

2. Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Art. 3 lit. b Abs. 2

die nach Artikel 6 des Konsumentenschutzgesetzes gebotene Pflicht zur Deklaration von Waren und Dienstleistungen unterlässt;

Art. 8 Abs. 1

Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte Allgemeine Geschäftsbedingungen zum Nachteil einer Vertragspartei verwendet, die

a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder

b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.

Art. 10 Abs. 2 lit. c (zusätzlicher Satzteil)

... sowie zum Schutz der Konsumenten in der Schweiz.

4. Vorentwurf Expertenkommission Totalrevision VVG 2006

Vorentwurf VVG vom 31. Juli 2006, Anhang: Änderungen bisherigen Rechts:

Obligationenrecht (SR 220)

Art. 20a Allgemeine Vertragsbedingungen

¹ Bestimmungen in vorformulierten Allgemeinen Vertragsbedingungen sind missbräuchlich und unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen.

² Eine unangemessene Benachteiligung ist namentlich dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundsätzen der gesetzlichen Regelung, von der zu Lasten des Vertragspartners abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Aus der Begründung der Expertenkommission VVG:

3 Anhang

31 Änderungen bisherigen Rechts

311 Obligationenrecht

Art. 20a Allgemeine Vertragsbedingungen: Der VE-VVG strebt an vielen Stellen eine gegenüber dem geltenden Recht erhöhte Transparenz betreffend die Rechte und Pflichten der Versicherten sowie die Leistungsverpflichtungen der Versicherungsunternehmen an. Zu nennen ist namentlich Artikel 6 VE-VVG, welche Bestimmung die Informationspflichten des Versicherungsunternehmens konkretisiert. Dessen Absatz 2 Satz 2 schreibt zudem vor, dass der Versicherungsnehmer vor Vertragsabschluss – genauer: vor Beantragung oder Annahme des Vertrages durch den Versicherungsnehmer – im Besitz der AVB sein muss. Des Weiteren verstärkt der VE-VVG erheblich den materiellen Versicherungsschutz, indem sehr viele vorgeschlagene Gesetzesbestimmungen als absolut oder halbzwingend (zugunsten der Versicherten) ausgestaltet werden sollen. Auch zwingt der Wortlaut des VE-VVG mittels Gesetzesvermutung und sonstiger Anordnung die Versicherungsunternehmen, im Vertrag und in den AVB ihr Leistungsvolumen klar zu umschreiben (vgl. etwa Art. 27 Abs. 2 und Art. 28). Was jedoch die Kontrolle sowie die Auslegung von AVB insgesamt betrifft, verzichtet der VE-VVG weitgehend – von Ausnahmen abgesehen (vgl. z.B. Art. 38) – auf spezifische Vorschriften. Dabei wird davon ausgegangen, dass die durch das Bundesgericht – namentlich in Bezug auf AVB – entwickelten und gehandhabten Auslegungsregeln (wie Unklarheitenregel und Ungewöhnlichkeitsregel) weiterhin Beachtung finden werden. Darüber hinaus ist nach Auffassung der Expertenkommission nunmehr – nach jahrzehntelangen Überlegungen und Auseinandersetzungen – der Zeitpunkt gekommen, für AVB eine generelle Inhaltskontrolle vorzusehen. Die Kommission schliesst sich hierbei der heute kaum mehr bestrittenen Auffassung an, dass Artikel 8 UWG (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241) insoweit nicht den erforderlichen Schutz zu bieten vermag. Allerdings schlägt die Expertenkommission vor, eine Inhaltskontrolle von AVB nicht nur für Produkte der Versicherungsunternehmen – und damit im VVG – einzuführen. Vielmehr sollte das OR durch eine entsprechende neue Vorschrift ergänzt werden, so dass eine Inhaltskontrolle nicht nur AVB, sondern auch andere AGB betreffen würde. Namentlich im Verhältnis zu anderen Anbietern von Finanzdienstleistungen könnten so die Diskriminierung einer Branche und ein damit möglicherweise verbundener Wettbewerbsnachteil verhindert werden. Sodann ist nicht ersichtlich, warum eine Inhaltskontrolle nicht auch für andere Wirtschaftszweige stipuliert werden sollte. – Die Expertenkommission ist sich allerdings bewusst, dass es sich hierbei um eine in hohem Mass politische Materie handelt.

III. Vorlage zur Vernehmlassung Teilrevision KIG – Entwurf vom 14. Juli 2005

1. Entwurf vom 14. Juli 2005 zur Änderung des Obligationenrechts

Am 14. Juli 2005 wurde aufgrund der vorstehend wiedergegebenen parlamentarischen Vorstösse sowie der wiederholten Empfehlungen von Expertenkommissionen die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Entwurf zur

Teilrevision des Bundesgesetzes über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (Konsumenteninformationsgesetz, KIG) aufgenommen und in die Vernehmlassung gegeben. Im Anhang der Vorlage wurde unter Ziffer 1 die *Änderung des Obligationenrechts (SR 220)* wie folgt vorgeschlagen:

E-OR Art. 10a

IV. Allgemeine Geschäftsbedingungen

1. Begriff

¹ Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) bei Abschluss eines Vertrags einseitig einbringt. Bringt eine Urkundsperson die Vertragsbedingungen ein, so gelten die Bestimmungen über die allgemeinen Geschäftsbedingungen sinngemäss.

² Vertragsbedingungen, die zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind, gelten nicht als allgemeine Geschäftsbedingungen.

E-OR Art. 10b

2. Abfassung

Die Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen klar und deutlich formuliert sein.

E-OR Art. 10c

3. Einbezug in den Vertrag

¹ Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn:

- a. der Verwender bei Vertragsschluss die andere Vertragspartei auf sie hinweist;
- b. ihre Kenntnisnahme möglich und zumutbar ist; und
- c. die andere Vertragspartei erklärt, dass sie ihnen zustimmt.

² Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, mit denen der Vertragspartner des Verwenders nach Treu und Glauben nicht zu rechnen braucht, werden nicht Bestandteil des Vertrages.

³ Sind allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.

E-OR Art. 10d

4. Vorrang der Individualabrede

Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor anders lautenden allgemeinen Geschäftsbedingungen.

E-OR Art. 13 Abs. 3

³ Allgemeine Geschäftsbedingungen, die in einem separaten Dokument enthalten sind, erfüllen die Schriftform, wenn ein deutlicher Verweis auf sie von den Unterschriften auf dem Hauptvertrag gedeckt ist.

E-OR Art. 18, Randtitel

D. Auslegung der Verträge

I. Grundsatz und Simulation

E-OR Art. 18a

II. Auslegung von allgemeinen Geschäftsbedingungen

- ¹ Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ausgelegt. Die Partei, die einen vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichenden besonderen Sprachgebrauch zwischen den Parteien geltend macht, hat diesen zu beweisen.
- ² Unklare Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen werden zu Lasten des Verwenders ausgelegt.

E-OR Art. 20, Randtitel

II. Nichtigkeit

1. Im Allgemeinen

E-OR Art. 20a

2. Besondere Regeln für allgemeine Geschäftsbedingungen in Konsumentenverträgen

- ¹ Als Konsumentenverträge gelten Verträge zwischen gewerbsmässigen Anbietern und natürlichen Personen, die einen Vertrag zu einem Zweck abschliessen, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (Konsumenten).
- ² Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nichtig, wenn sie den Konsumenten entgegen Treu und Glauben benachteiligen, insbesondere indem sie:
 - a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen; oder
 - b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.
- ³ Weist der Anbieter nach, dass der Konsument aufgrund seiner Fachkenntnisse und seiner Stellung die Bedingungen hätte frei aushandeln können, so finden die besonderen Regeln keine Anwendung.
- ⁴ Bei allgemeinen Geschäftsbedingungen, die zwischen Anbieter- und Konsumentenorganisationen paritätisch ausgehandelt wurden, wird vermutet, dass sie frei ausgehandelt und nicht missbräuchlich sind. Der Bundesrat erlässt die Ausführungsbestimmungen für das paritätische und repräsentative Aushandeln solcher allgemeinen Geschäftsbedingungen.

2. Begründung des Entwurfs vom 14. Juli 2005 (Auszug aus den Erläuterungen)

Dem Entwurf vom 14. Juli 2005 wurde für das Vernehmlassungsverfahren die folgende Begründung beigegeben, die mit Bezug auf die AGB auszugsweise abgedruckt wird:

Auszug

2.2 Erläuterungen der vorgeschlagenen Regelung betreffend allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im OR

2.2.1 Vorbemerkungen

Nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe e des KIG-Entwurfes muss die Anbieterin oder der Anbieter die Konsumentin oder den Konsumenten unter anderem auch auf allgemeine

Vertragsbedingungen (AGB) hinweisen, die Vertragsbestandteil werden sollen. Diese Neuerung lässt es geboten erscheinen, mit der vorliegenden Revision zugleich die Problematik der AGB an sich in grundsätzlicher Weise zu regeln. Dabei geht es in erster Linie darum, die wichtigsten in Rechtsprechung und Lehre entwickelten Regeln zur Kontrolle von AGB ins kodifizierte Recht zu übertragen. Dies liegt im Interesse der Transparenz der Rechtsordnung und rechtfertigt sich nicht zuletzt mit Blick darauf, dass die Mitgliedstaaten der EU auf Grund der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993¹⁸¹ über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen verpflichtet sind, entsprechende Regelungen zu erlassen. Die gesetzliche Regelung der AGB entspricht auch einem mehrfach geäusserten Wunsch von Konsumentenseite (vgl. die Empfehlungen der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) vom 12. 6. 1997, 10. 4. 2000 und zuletzt vom 3. 6. 2003; vgl. ferner das Postulat Leuthard 03.3422 vom 23. 6. 2003). Schliesslich hat eine zentrale Regelung der AGB im OR den Vorteil, dass es sich erübrigt, in diversen Spezialgesetzen (wie etwa im Versicherungsvertragsgesetz) Sonderregelungen einzufügen.

Die vorgeschlagenen Regelungen folgen materiell weitgehend dem Vorschlag der EKK von 2003, der sich seinerseits an den entsprechenden Regelungen des deutschen Rechts orientiert. Im Zentrum steht einerseits die Frage, unter welchen Voraussetzungen AGB Bestandteil eines konkreten Vertrages werden und wie sie gegebenenfalls zu interpretieren sind (Art. 10–10d, 13 Abs. 3 und 18a). Diese Regelungen gelten für alle Verträge, also auch für solche unter Geschäftsleuten. Andererseits geht es darum, die privaten Konsumentinnen und Konsumenten vor einzelnen Vertragsbedingungen in AGB zu schützen, die sie unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ungebührlich benachteiligen (Art. 20a).

Der Vorschlag steht im Übrigen auch im Einklang mit Artikel 8 UWG, der die Verwendung missbräuchlicher AGB unter bestimmten Voraussetzungen als Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs erfasst.

2.2.2 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen

Art. 10a Begriff

Abs. 1

Artikel 10a definiert die AGB anhand folgender Elemente:

- Es handelt sich um Vertragsbedingungen. In dieser Hinsicht besteht kein Unterschied zu irgendwelchen anderen Vertragsbedingungen: Sie gelten nur durch den Konsens der Parteien, nicht etwa als objektive (Rechts-)Normen.
- Sie sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert.
- Sie werden von einer Partei einseitig eingebracht.

Der zweite Satz klärt für die Schweiz die in Deutschland breit diskutierte Frage, ob auch vorformulierte Geschäftsbedingungen, die von einer Notarin oder einem Notar eingebracht werden, AGB sein können. Die Formulierung vermeidet eine strikte Qualifikation als AGB, da nicht alle AGB-spezifischen Vorschriften eins zu eins auf notarielle Klauseln passen. Vielmehr wird das Gericht angewiesen, die AGB-spezifischen Regeln nur dort auf notarielle Klauseln («sinngemäss») anzuwenden, wo es in der Sache angemessen ist.

¹⁸¹ ABl. L 095 vom 21. 4. 1993, S.29.

Der Begriff der allgemeinen Vertragsbedingungen wird im Entwurf in einer Hinsicht doppeldeutig verwendet: Einerseits kann ein gesamtes Set von Klauseln gemeint sein, das üblicherweise mit «AGB» oder etwas Gleichwertigem überschrieben ist (z.B. in Art. 10c). Andererseits können auch die einzelnen Klauseln gemeint sein (z.B. in Art. 10d).

Abs. 2

Absatz 2 erfasst z.B. den Fall, in dem zwei Parteien Vertragsbedingungen im Einzelnen aushandeln und sie dann im Lauf der Zeit für eine Vielzahl von untereinander abgeschlossenen Verträgen anwenden. Derartige Vertragsbedingungen gelten nicht als AGB. Ebenso wenig gelten Vertragsklauseln als AGB, die zwar in einem Set von Vertragsbedingungen enthalten sind, über die aber die Vertragsparteien individuell verhandelt und die sie schliesslich ausdrücklich angenommen haben.

Art. 10b Abfassung

Diese programmatische Vorschrift hält einen Grundsatz fest, der sich an verschiedenen Stellen widerspiegelt, insbesondere bei der Unklarheitenregel nach Artikel 18a Absatz 2, indem unklare Bestimmungen zuungunsten der Verwenderin oder des Verwenders ausgelegt werden.

Art. 10c Einbezug in den Vertrag

Abs. 1

Hier werden die zentralen Voraussetzungen genannt, die schon nach der heutigen Rechtsprechung und Lehre erfüllt sein müssen, damit AGB Vertragsbestandteil werden und somit überhaupt erst Geltung erlangen (vgl. etwa BGE 119 II 443; 108 II 416; 100 II 200, 209 f.; 84 II 556, 561 f.; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage Bern 2003, § 44 ff. mit weiteren Hinweisen).

- Zunächst muss die Verwenderin oder der Verwender die Gegenpartei darauf hinweisen, dass die AGB Vertragsinhalt werden sollen.
- Sodann muss die Gegenpartei sie in zumutbarer Weise zur Kenntnis nehmen können. Dies ist an sich selbstverständlich, wird aber in der Praxis nicht immer respektiert. Zu denken ist namentlich an Fälle, in denen AGB allzu klein oder in schlecht leserlicher Schriftfarbe wiedergegeben werden. – Dass die Gegenpartei die AGB tatsächlich zur Kenntnis genommen hat, ist hingegen nicht vorausgesetzt. Es ist vielmehr der Regelfall, dass AGB mehr oder weniger ungeschaut akzeptiert werden (man spricht von einer Globalübernahme).
- Unerlässlich ist jedoch, dass die Gegenpartei im Rahmen des Vertragsschlusses ihr Einverständnis mit den AGB erklärt.

Aus allgemeinen Grundsätzen ergibt sich, dass im kaufmännischen Verkehr an alle drei Punkte geringere Anforderungen gestellt werden als im Verkehr mit Konsumentinnen und Konsumenten. Beispielsweise können sich der Hinweis nach Buchstabe a und die Zustimmungserklärung nach Buchstabe c eher stillschweigend aus früheren Geschäftskontakten ergeben als im Verkehr mit Konsumentinnen und Konsumenten.

Abs. 2

Mittels dieser Regel (so genannte Ungewöhnlichkeitenregel) soll derjenige, der AGB global übernimmt, vor überraschenden Klauseln geschützt werden. Sie greift dann ein, wenn die Verwenderin oder der Verwender nicht davon ausgehen darf, dass die ungewöhnlichen Klauseln zur Kenntnis genommen und akzeptiert worden sind (vgl. etwa BGE 109 II 452; 119 II 443, siehe auch 104 Ia 278). Im Unterschied zur Inhaltskontrolle

(Art. 20a) geht es hier nicht um die Angemessenheit oder Gerechtigkeit des Vertragsinhalts, sondern bloss darum, ob bestimmte Klauseln von der Einigung der Parteien erfasst werden. Die Rechtsfolge ist dementsprechend nicht die Nichtigkeit dieser Klauseln, sondern ihr Nichteinbezug in den Vertrag.

Abs. 3

Zum einen stellt dieser Absatz klar, dass gegebenenfalls nur ein Teil eines vorgelegten Sets von AGB Vertragsinhalt wird («ganz oder teilweise»).

Selbstverständlich ist, dass die nicht Vertragsbestandteil gewordenen Bestimmungen keinerlei Geltung haben können; dies muss nicht erwähnt werden.

Schwieriger ist hingegen die Frage, was mit dem Restvertrag geschehen soll. Der Entwurf lässt den Vertrag grundsätzlich weiterbestehen, wie er sich ohne die nicht Bestandteil gewordenen AGB präsentiert. Bildeten die weggefallenen Teile der AGB für die Verwenderin oder den Verwender in erkennbarer Weise einen wesentlichen Vertragsbestandteil, ohne den sie oder er den Vertrag nicht abzuschliessen gewillt war, so ist davon auszugehen, dass der gesamte Vertrag unter diesen Umständen nicht zustande gekommen ist (vgl. die analoge Regel in Art. 20 Abs. 2 OR).

Art. 10d Vorrang der Individualabrede

Diese Bestimmung hält fest, dass sich nicht auf eine AGB-Klausel berufen kann, wer mit der Gegenpartei individuell etwas Entgegenstehendes vereinbart hat. Sie konkretisiert in dieser Hinsicht das Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben.

Art. 13 Abs. 3

Diese Ergänzung soll in erster Linie klären, dass AGB die Schriftform erfüllen können, auch wenn sie nicht separat unterschrieben sind. Dagegen muss der Verweis auf die AGB (Art. 10c Abs. 1 Bst. a) in dem Dokument enthalten sein, das unterschrieben wird.

Art. 18 (Randtitel) – Auslegung der Verträge, Grundsatz und Simulation

AGB-Klauseln sind – wie jede andere Vertragsbedingung – Gegenstand der Auslegung. So gelten denn auch in erster Linie die bekannten allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung, was durch die Ergänzung des Randtitels von Artikel 18 zum Ausdruck gebracht wird.

Art. 18a Auslegung von allgemeinen Geschäftsbedingungen

Abs. 1

AGB sind so zu verstehen, wie es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht. Beruft sich eine Partei darauf, ein Begriff oder eine Wendung sei anders zu verstehen als nach dem allgemeinen Sprachgebrauch, so hat sie zu beweisen, dass die Parteien tatsächlich diesen abweichenden Sprachgebrauch gemeint haben.

Abs. 2

Wer AGB verwendet, hat es in der Hand, diese klar und deutlich (Art. 10b) zu formulieren. Versäumt er dies und bringt er unklare Klauseln in den Vertrag ein, so soll das nicht zu Lasten der Gegenpartei gehen. Führt die Auslegung einer Klausel nach den oben genannten Regeln nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, so wird daher jenes Auslegungsergebnis gewählt, das für die Kundin oder den Kunden am günstigsten ist.

Eng verwandt mit dieser so genannten Unklarheitenregel ist das im Entwurf nicht ausdrücklich fixierte Restriktionsprinzip. Es besagt, dass AGB-Klauseln, die vom nicht zwingenden Recht abweichen, tendenziell eher eng auszulegen sind, d.h. im Zweifel der gesetzlichen Regelung angenähert werden.

Art. 20 Randtitel – Nichtigkeit, im Allgemeinen

Die allgemeinen Regeln zum Inhalt des Vertrages und zur Nichtigkeit nach Artikel 19 und 20 OR bleiben unverändert und gelten selbstverständlich auch für Vertragsbedingungen, die über AGB in den Vertrag aufgenommen werden. Der neue Randtitel «I. Allgemein» bringt dies zum Ausdruck.

Art. 20a Besondere Regeln für allgemeine Geschäftsbedingungen in Konsumentenverträgen

Ob die Gerichte AGB inhaltlich besonders gründlich überprüfen können und sollen («Inhaltskontrolle»), ist heute in der Rechtsprechung nicht abschliessend geklärt und in der Lehre umstritten. Das Bundesgericht hat sich diesbezüglich in der Vergangenheit eine gewisse Zurückhaltung auferlegt (BGE 122 III 26 ff.), was von einem Teil der Lehre seit längerer Zeit kritisiert wird (statt vieler ALEXANDER BRUNNER, Die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis, ZSR 1999 I 305 ff.). Auch das oben genannte Postulat Leuthard und die oben genannten Empfehlungen der EKK sprechen sich dafür aus, im Gesetz eine klare Grundlage für die richterliche Inhaltskontrolle von AGB zu legen.

Dies drängt sich auf, weil bei diesen Vertragsverhältnissen üblicherweise ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Parteien besteht: Professionelle Anbieterinnen und Anbieter können den Kundinnen und Kunden aufgrund ihres Wissensvorsprungs und ihrer Marktmacht ihre AGB mehr oder weniger aufzwingen. Im kaufmännischen Verkehr hingegen ist davon auszugehen, dass das Ungleichgewicht zwischen Verwenderin und Verwender und Gegenpartei gar nicht oder nur abgeschwächt besteht.

Abs. 1

Die Definition stimmt inhaltlich mit Artikel 1 Absatz 2 des KIG-Entwurfes sowie mit Artikel 3 KKG überein.

Abs. 2

Nach Artikel 20a Absatz 2 dürfen AGB die Konsumentinnen und Konsumenten nicht entgegen Treu und Glauben benachteiligen. Dieser abstrakte Grundsatz ist einer kasuistischen Regulierung vorzuziehen, weil eine gesetzliche Fixierung aller Einzelheiten kaum möglich wäre. Dies zeigen die Erfahrungen in der Europäischen Union, wo sich eine Aufzählung missbräuchlicher Klauseln (Anhang der Richtlinie 93/13/EWG) trotz ihrer Länge als lückenhaft herausgestellt hat und daher die Auffangnorm (Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie) eine unverändert wichtige Rolle spielt.

Um der Rechtsanwendung doch eine gewisse Orientierungshilfe für die Konkretisierung der Generalklausel zu geben, nennt Absatz 2 zwei Hauptfälle, ohne damit eine abschliessende Aufzählung vorzunehmen. Sie stimmen wörtlich mit Artikel 8 UWG überein.

- Buchstabe a nennt eine erhebliche Abweichung von der nicht zwingenden gesetzlichen Ordnung. Selbstverständlich ist, dass vom nicht zwingenden Recht abgewichen werden *kann*, auch durch AGB, doch soll solchen Abweichungen eine Grenze gesetzt werden. Es erscheint gerechtfertigt, diese Grenze dort zu ziehen, wo schwache Marktteilnehmer (Konsumentinnen und Konsumenten) durch die Zustimmung zu AGB-Klauseln, das heisst ohne Verhandlungen, nolens volens zu erheblichen Abweichungen ja sagen.
- Buchstabe b hat einen ähnlichen Ansatz. Zwar geht es hier nicht darum, dass eine AGB-Bestimmung erheblich vom nicht zwingenden Recht abweicht, sondern darum, dass sie eine Verteilung von Rechten und Pflichten vorsieht, die der Natur des konkret vorliegenden Vertrages nicht entspricht. Auch in dieser Hinsicht sollen die Konsumenten

tinnen und Konsumenten vor einseitigen, sie ungebührlich belastenden AGB-Bestimmungen geschützt werden.

Sind AGB-Klauseln nach diesen Kriterien missbräuchlich, so ordnet Artikel 20a ihre Nichtigkeit an, dies im Gegensatz zu Artikel 10c, der ihren Einbezug in den Vertrag regelt. Die Folge der Nichtigkeit steht jedoch im Einklang mit den Artikeln 19 und 20 OR, die ebenfalls aufgrund inhaltlicher Kriterien Verträge oder darin enthaltene Bestimmungen für nichtig erklären.

Abs. 3

Konsumentinnen und Konsumenten, die aufgrund der gesamten Umstände zwar in der Lage gewesen wären, die Vertragsbedingungen frei auszuhandeln, die vorgelegten AGB aber trotzdem *tel quel* akzeptiert haben, bedürfen nicht des Schutzes vor AGB-spezifischen Benachteiligungsrisiken. Deshalb finden die besonderen Regeln in diesem Fall keine Anwendung.

Abs. 4

Ein weiterer Fall, in dem die Konsumentinnen und Konsumenten keinen besonderen Schutz nötig haben, wird in Absatz 4 erwähnt. Auch hier liegt die Besonderheit darin, dass aufgrund einer mehr oder weniger gleichrangigen Verhandlungsposition trotz der Konsumenteneigenschaft das AGB-typische Benachteiligungsrisiko fehlt: Wenn beispielsweise die Fachleute je eines Mieter- und eines Vermieterverbandes einen Mustermietvertrag aushandeln, so ist davon auszugehen, dass eine ausgewogene Verteilung von Rechten und Pflichten resultiert. Daher besteht die Vermutung, dass solche Musterverträge keinen missbräuchlichen Inhalt haben. Die Konsumentin oder der Konsument, kann jedoch nachweisen, dass dem doch so ist.

3. Ablehnung durch den Bundesrat am 21. Dezember 2005

Am 21. Dezember 2005 beschloss der Bundesrat nach Kenntnisnahme des kontrovers gebliebenen Vernehmlassungsverfahrens, auf die Teilrevision des KIG vollständig zu verzichten. Namentlich die Anbieter-Organisationen stellten sich wegen erhöhter vorvertraglicher Informationspflichten gegen die Teilrevision, womit auch der im Anhang vorgesehene Teil betreffend Allgemeine Geschäftsbedingungen weg fiel. Dabei wurde unter anderen das Argument vorgetragen, neue Normen dürften nicht zu einer Bevormundung der Konsumenten führen. Hierzu ist indessen kritisch anzumerken, dass die Bevormundungsthese zu einer Verkehrung der Fakten führt und das vom Verfassungsgesetzgeber in Art. 97 BV festgestellte strukturelle Ungleichgewicht zwischen Anbietern und Konsumenten ausblendet.¹⁸² Es ist daher festzuhalten, dass dem Auftrag der Verfassung nicht nachgelebt wird.

¹⁸² Vgl. dazu BRUNNER, Konsumenteninformation, S. 51 ff., insb. 63.

G. AGB und Europarecht

I. Zur Frage der Europaverträglichkeit des Schweizer Rechts

Nach der hier vertretenen Meinung wäre es für die *rechtsuchenden Parteien* und für die Gerichte im Hinblick auf das Postulat der *Rechtssicherheit* von grossem Vorteil, wenn der schweizerische Gesetzgeber die klaren Vorgaben der EU-Richtlinie¹⁸³ über missbräuchliche Klauseln übernehmen würde. Das schweizerische Recht ist auf dem Gebiet der AGB nur teilweise europaverträglich.¹⁸⁴ Dies hat zur Folge, dass Schweizer Unternehmen im transnationalen Geschäftsverkehr bzw. mit Konsumenten in Europa diese Richtlinie zu beachten haben, gegenüber den Schweizer Konsumenten jedoch nicht.

Die bisherige schweizerische Praxis hat sodann gezeigt, dass die Gerichte mit der Anwendung von *Generalklauseln*, wie sie in Art. 2 und 27 ZGB, in Art. 2 und 8 UWG sowie in Art. 19–21 OR festgeschrieben sind, Mühe bekunden. Dies offenbart nicht etwa eine fehlende Kompetenz der Gerichte, als vielmehr das Faktum einer Überlastung mit hängigen Verfahren, die wenig Raum für das anspruchsvolle *Konkretisieren von Prinzipien* übrig lassen. Die Kasuistik des *Klauselkataloges* im Anhang der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln ist unter solchen Umständen eine grosse Hilfe für die Rechtspraxis. Eine Zurückhaltung gegenüber dem Europarecht ist in diesem Zusammenhang umso weniger angebracht, als die Regelungen der Richtlinie 1993 in einem intensiven Gedankenaustausch aller massgeblicher europäischer Rechtskreise zustande gekommen ist und dem Schweizer Recht daher nicht völlig fremd erscheint.

¹⁸³ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. L 95 21.04.93/29). Nachfolgend abgedruckt.

¹⁸⁴ BRUNNER, Europäisches Vertragsrecht, S. 487 ff.; HUGUENIN JACOBS CLAIRE, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der neuen EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, recht 1995, 85–95; JETZER ROLF P./ZINDEL GAUDENZ G., EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, SJZ 1994, 432–436; SCHMID JÖRG, Der EG-Richtlinienvorschlag über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen – und mögliche Auswirkungen auf die Schweiz, in Tercier Pierre u.a. (Hrsg.), *Aspects du droit européen*, Fribourg 1993, S. 243–259; DERS, Klauselkatalog der AGB-Richtlinie und schweizerisches Obligationenrecht, in Stauder Bernd (Hrsg.), *Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen*, Zürich 1996, S. 49–82; SCHNYDER ANTON K., AGB-Richtlinie und schweizerische Versicherungsbedingungen, in Stauder Bernd (Hrsg.), a.a.O. (diese Fn.), S. 177–192; SCHWARZ JÖRG, Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen – Auswirkungen auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen, Reglemente und Formularverträge der Schweizer Banken, in Stauder Bernd (Hrsg.), a.a.O. (diese Fn.), S. 127–175.

II. EU-Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln 1993

RICHTLINIE 93/13/EWG DES RATES vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABI. EG Nr. L 95 S. 29):

DER RAT DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN –

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere auf Artikel 100a,
auf Vorschlag der Kommission (1),
in Zusammenarbeit mit dem Europäischen Parlament (2),
nach Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses (3),
in Erwägung nachstehender Gründe:

Es müssen Massnahmen zur schrittweisen Errichtung des Binnenmarktes bis zum 31. Dezember 1992 getroffen werden. Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist.

Die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Vertragsklauseln zwischen dem Verkäufer von Waren oder dem Dienstleistungserbringer einerseits und dem Verbraucher andererseits weisen viele Unterschiede auf, wodurch die einzelnen Märkte für den Verkauf von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen an den Verbraucher uneinheitlich sind; dadurch wiederum können Wettbewerbsverzerrungen bei den Verkäufern und den Erbringern von Dienstleistungen, besonders bei der Vermarktung in anderen Mitgliedstaaten, eintreten.

Namentlich die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über missbräuchliche Klauseln in Verträgen mit Verbrauchern weisen beträchtliche Unterschiede auf. Die Mitgliedstaaten müssen dafür Sorge tragen, dass die mit den Verbrauchern abgeschlossenen Verträge keine missbräuchlichen Klauseln enthalten. Die Verbraucher kennen im allgemeinen nicht die Rechtsvorschriften, die in anderen Mitgliedstaaten für Verträge über den Kauf von Waren oder das Angebot von Dienstleistungen gelten. Diese Unkenntnis kann sie davon abhalten, Waren und Dienstleistungen direkt in anderen Mitgliedstaaten zu ordern.

Um die Errichtung des Binnenmarktes zu erleichtern und den Bürger in seiner Rolle als Verbraucher beim Kauf von Waren und Dienstleistungen mittels Verträgen zu schützen, für die die Rechtsvorschriften anderer Mitgliedstaaten gelten, ist es von Bedeutung, missbräuchliche Klauseln aus diesen Verträgen zu entfernen. Den Verkäufern von Waren und Dienstleistungsbringern wird dadurch ihre Verkaufstätigkeit sowohl im eigenen Land als auch im gesamten Binnenmarkt erleichtert. Damit wird der Wettbewerb gefördert und den Bürgern der Gemeinschaft in ihrer Eigenschaft als Verbraucher eine grössere Auswahl zur Verfügung gestellt.

In den beiden Programmen der Gemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher (4) wird die Bedeutung des Verbraucherschutzes auf dem Gebiet missbräuchlicher Vertragsklauseln hervorgehoben. Dieser Schutz sollte durch Rechtsvorschriften gewährleistet werden, die gemeinschaftsweit harmonisiert sind oder unmittelbar auf dieser Ebene erlassen werden.

Gemäss dem unter dem Abschnitt «Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher» festgelegten Prinzip sind entsprechend diesen Programmen Käufer von Waren oder Dienstleistungen vor Machtmissbrauch des Verkäufers oder des Dienstleistungserbrin-

gers, insbesondere vor vom Verkäufer einseitig festgelegten Standardverträgen und vor dem missbräuchlichen Ausschluss von Rechten in Verträgen zu schützen.

Durch die Aufstellung einheitlicher Rechtsvorschriften auf dem Gebiet missbräuchlicher Klauseln kann der Verbraucher besser geschützt werden. Diese Vorschriften sollten für alle Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern gelten. Von dieser Richtlinie ausgenommen sind daher insbesondere Arbeitsverträge sowie Verträge auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts.

Der Verbraucher muss bei mündlichen und bei schriftlichen Verträgen – bei letzteren unabhängig davon, ob die Klauseln in einem oder in mehreren Dokumenten enthalten sind – den gleichen Schutz genießen.

Beim derzeitigen Stand der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften kommt allerdings nur eine teilweise Harmonisierung in Betracht. So gilt diese Richtlinie insbesondere nur für Vertragsklauseln, die nicht einzeln ausgehandelt wurden. Den Mitgliedstaaten muss es freigestellt sein, dem Verbraucher unter Beachtung des Vertrags einen besseren Schutz durch strengere einzelstaatliche Vorschriften als den in dieser Richtlinie enthaltenen Vorschriften zu gewähren.

Bei Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, in denen direkt oder indirekt die Klauseln für Verbraucherverträge festgelegt werden, wird davon ausgegangen, dass sie keine missbräuchlichen Klauseln enthalten. Daher sind Klauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften oder auf Grundsätzen oder Bestimmungen internationaler Übereinkommen beruhen, bei denen die Mitgliedstaaten oder die Gemeinschaft Vertragsparteien sind, nicht dieser Richtlinie zu unterwerfen; der Begriff «bindende Rechtsvorschriften» in Artikel 1 Absatz 2 umfasst auch Regeln, die nach dem Gesetz zwischen den Vertragsparteien gelten, wenn nichts anderes vereinbart wurde.

Die Mitgliedstaaten müssen jedoch dafür sorgen, dass darin keine missbräuchlichen Klauseln enthalten sind, zumal diese Richtlinie auch für die gewerbliche Tätigkeit im öffentlich-rechtlichen Rahmen gilt.

Die Kriterien für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln müssen generell festgelegt werden.

Die nach den generell festgelegten Kriterien erfolgende Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Klauseln, insbesondere bei beruflichen Tätigkeiten des öffentlich-rechtlichen Bereichs, die ausgehend von einer Solidargemeinschaft der Dienstleistungsnehmer kollektive Dienste erbringen, muss durch die Möglichkeit einer globalen Bewertung der Interessenlagen der Parteien ergänzt werden. Diese stellt das Gebot von Treu und Glauben dar. Bei der Beurteilung von Treu und Glauben ist besonders zu berücksichtigen, welches Kräfteverhältnis zwischen den Verhandlungspositionen der Parteien bestand, ob auf den Verbraucher in irgendeiner Weise eingewirkt wurde, seine Zustimmung zu der Klausel zu geben, und ob die Güter oder Dienstleistungen auf eine Sonderbestellung des Verbrauchers hin verkauft bzw. erbracht wurden. Dem Gebot von Treu und Glauben kann durch den Gewerbetreibenden Genüge getan werden, indem er sich gegenüber der anderen Partei, deren berechtigten Interessen er Rechnung tragen muss, loyal und billig verhält.

Die Liste der Klauseln im Anhang kann für die Zwecke dieser Richtlinie nur Beispiele geben; infolge dieses Minimalcharakters kann sie von den Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, insbesondere hinsichtlich des Geltungsbereichs dieser Klauseln, ergänzt oder restriktiver formuliert werden.

Bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln ist der Art der Güter bzw. Dienstleistungen Rechnung zu tragen.

Für die Zwecke dieser Richtlinie dürfen Klauseln, die den Hauptgegenstand eines Vertrages oder das Preis-/Leistungsverhältnis der Lieferung bzw. der Dienstleistung beschreiben, nicht als missbräuchlich beurteilt werden. Jedoch können der Hauptgegenstand des Vertrages und das Preis-/Leistungsverhältnis bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit anderer Klauseln berücksichtigt werden. Daraus folgt unter anderem, dass bei Versicherungsverträgen die Klauseln, in denen das versicherte Risiko und die Verpflichtung des Versicherers deutlich festgelegt oder abgegrenzt werden, nicht als missbräuchlich beurteilt werden, sofern diese Einschränkungen bei der Berechnung der vom Verbraucher gezahlten Prämie Berücksichtigung finden.

Die Verträge müssen in klarer und verständlicher Sprache abgefasst sein. Der Verbraucher muss tatsächlich die Möglichkeit haben, von allen Vertragsklauseln Kenntnis zu nehmen. Im Zweifelsfall ist die für den Verbraucher günstigste Auslegung anzuwenden.

Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass in von einem Gewerbetreibenden mit Verbrauchern abgeschlossenen Verträgen keine missbräuchlichen Klauseln verwendet werden. Wenn darartige Klauseln trotzdem verwendet werden, müssen sie für den Verbraucher unverbindlich sein; die verbleibenden Klauseln müssen jedoch weiterhin gelten und der Vertrag im Übrigen auf der Grundlage dieser Klauseln für beide Teile verbindlich sein, sofern ein solches Fortbestehen ohne die missbräuchlichen Klauseln möglich ist.

In bestimmten Fällen besteht die Gefahr, dass dem Verbraucher der in dieser Richtlinie aufgestellte Schutz entzogen wird, indem das Recht eines Drittlands zum anwendbaren Recht erklärt wird. Es sollten daher in dieser Richtlinie Bestimmungen vorgesehen werden, die dies ausschliessen.

Personen und Organisationen, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats ein berechtigtes Interesse geltend machen können, den Verbraucher zu schützen, müssen Verfahren, die Vertragsklauseln im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung in Verbraucherverträgen, insbesondere missbräuchliche Klauseln, zum Gegenstand haben, bei Gerichten oder Verwaltungsbehörden, die für die Entscheidung über Klagen bzw. Beschwerden oder die Eröffnung von Gerichtsverfahren zuständig sind, einleiten können. Diese Möglichkeit bedeutet jedoch keine Vorabkontrolle der in einem beliebigen Wirtschaftssektor verwendeten allgemeinen Bedingungen.

Die Gerichte oder Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten müssen über angemessene und wirksame Mittel verfügen, damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen ein Ende gesetzt wird –

HAT FOLGENDE RICHTLINIE ERLASSEN:

Artikel 1

- (1) Zweck dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über missbräuchliche Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern.
- (2) Vertragsklauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften oder auf Bestimmungen oder Grundsätzen internationaler Übereinkommen beruhen, bei denen die Mitgliedstaaten

oder die Gemeinschaft – insbesondere im Verkehrsbereich – Vertragsparteien sind, unterliegen nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie.

Artikel 2

Im Sinne dieser Richtlinie bedeuten:

- a) missbräuchliche Klauseln: Vertragsklauseln, wie sie in Artikel 3 definiert sind;
- b) Verbraucher: eine natürliche Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann;
- c) Gewerbetreibender: eine natürliche oder juristische Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, auch wenn diese dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuzurechnen ist.

Artikel 3

(1) Eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, ist als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.

(2) Eine Vertragsklausel ist immer dann als nicht im einzelnen ausgehandelt zu betrachten, wenn sie im voraus abgefasst wurde und der Verbraucher deshalb, insbesondere im Rahmen eines vorformulierten Standardvertrags, keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte.

Die Tatsache, dass bestimmte Elemente einer Vertragsklausel oder eine einzelne Klausel im einzelnen ausgehandelt worden sind, schliesst die Anwendung dieses Artikels auf den übrigen Vertrag nicht aus, sofern es sich nach der Gesamtwertung dennoch um einen vorformulierten Standardvertrag handelt.

Behauptet ein Gewerbetreibender, dass eine Standardvertragsklausel im einzelnen ausgehandelt wurde, so obliegt ihm die Beweislast.

(3) Der Anhang enthält eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können.

Artikel 4

(1) Die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel wird unbeschadet des Artikels 7 unter Berücksichtigung der Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind, aller den Vertragsabschluss begleitenden Umstände sowie aller anderen Klauseln desselben Vertrages oder eines anderen Vertrages, von dem die Klausel abhängt, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt.

(2) Die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Klauseln betrifft weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefasst sind.

Artikel 5

Sind alle dem Verbraucher in Verträgen unterbreiteten Klauseln oder einige dieser Klauseln schriftlich niedergelegt, so müssen sie stets klar und verständlich abgefasst sein. Bei Zweifeln über die Bedeutung einer Klausel gilt die für den Verbraucher günstigste Auslegung. Diese Auslegungsregel gilt nicht im Rahmen der in Artikel 7 Absatz 2 vorgesehenen Verfahren.

Artikel 6

(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass missbräuchliche Klauseln in Verträgen, die ein Gewerbetreibender mit einem Verbraucher geschlossen hat, für den Verbraucher unverbindlich sind, und legen die Bedingungen hierfür in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften fest; sie sehen ferner vor, dass der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt, wenn er ohne die missbräuchlichen Klauseln bestehen kann.

(2) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Massnahmen, damit der Verbraucher den durch diese Richtlinie gewährten Schutz nicht verliert, wenn das Recht eines Drittlands als das auf den Vertrag anzuwendende Recht gewählt wurde und der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet der Mitgliedstaaten aufweist.

Artikel 7

(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schliesst, ein Ende gesetzt wird.

(2) Die in Absatz 1 genannten Mittel müssen auch Rechtsvorschriften einschliessen, wonach Personen oder Organisationen, die nach dem innerstaatlichen Recht ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben, im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften die Gerichte oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anrufen können, damit diese darüber entscheiden, ob Vertragsklauseln, die im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefasst wurden, missbräuchlich sind, und angemessene und wirksame Mittel anwenden, um der Verwendung solcher Klauseln ein Ende zu setzen.

(3) Die in Absatz 2 genannten Rechtsmittel können sich unter Beachtung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften getrennt oder gemeinsam gegen mehrere Gewerbetreibende desselben Wirtschaftssektors oder ihre Verbände richten, die gleiche allgemeine Vertragsklauseln oder ähnliche Klauseln verwenden oder deren Verwendung empfehlen.

Artikel 8

Die Mitgliedstaaten können auf dem durch diese Richtlinie geregelten Gebiet mit dem Vertrag vereinbare strengere Bestimmungen erlassen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten.

Artikel 9

Die Kommission legt dem Europäischen Parlament und dem Rat spätestens fünf Jahre nach dem in Artikel 10 Absatz 1 genannten Zeitpunkt einen Bericht über die Anwendung dieser Richtlinie vor.

Artikel 10

(1) Die Mitgliedstaaten erlassen die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, um dieser Richtlinie spätestens am 31. Dezember 1994 nachzukommen. Sie setzen die Kommission unverzüglich davon in Kenntnis.

Diese Vorschriften gelten für alle Verträge, die nach dem 31. Dezember 1994 abgeschlossen werden.

(2) Wenn die Mitgliedstaaten diese Vorschriften erlassen, nehmen sie in den Vorschriften selbst oder durch einen Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf diese Richtlinie Bezug. Die Mitgliedstaaten regeln die Einzelheiten der Bezugnahme.

(3) Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission den Wortlaut der wichtigsten innerstaatlichen Rechtsvorschriften mit, die sie auf dem unter diese Richtlinie fallenden Gebiet erlassen.

Artikel 11

Diese Richtlinie ist an die Mitgliedstaaten gerichtet.

...

(1) ABl. Nr. C 73 vom 24. 3. 1992, S. 7.

(2) ABl. Nr. C 326 vom 16. 12. 1991, S. 108, und ABl. Nr. C 21 vom 25. 1. 1993.

(3) ABl. Nr. C 159 vom 17. 6. 1991, S. 34.

(4) ABl. Nr. C 92 vom 25. 4. 1975, S. 1, und ABl. Nr. C 133 vom 3. 6. 1981, S. 1.

ANHANG

Zur Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Konsumentenverträgen:

KLAUSELN GEMÄSS ARTIKEL 3 ABSATZ 3

1. Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass

a) die gesetzliche Haftung des Gewerbetreibenden ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, wenn der Verbraucher aufgrund einer Handlung oder Unterlassung des Gewerbetreibenden sein Leben verliert oder einen Körperschaden erleidet;

b) die Ansprüche des Verbrauchers gegenüber dem Gewerbetreibenden oder einer anderen Partei, einschliesslich der Möglichkeit, eine Verbindlichkeit gegenüber dem Gewerbetreibenden durch eine etwaige Forderung gegen ihn auszugleichen, ausgeschlossen oder ungebührlich eingeschränkt werden, wenn der Gewerbetreibende eine der vertraglichen Verpflichtungen ganz oder teilweise nicht erfüllt oder mangelhaft erfüllt;

c) der Verbraucher eine verbindliche Verpflichtung eingeht, während der Gewerbetreibende die Erbringung der Leistungen an eine Bedingung knüpft, deren Eintritt nur von ihm abhängt;

d) es dem Gewerbetreibenden gestattet wird, vom Verbraucher gezahlte Beträge einzubehalten, wenn dieser darauf verzichtet, den Vertrag abzuschliessen oder zu erfüllen,

ohne dass für den Verbraucher ein Anspruch auf eine Entschädigung in entsprechender Höhe seitens des Gewerbetreibenden vorgesehen wird, wenn dieser selbst es unterlässt;

e) dem Verbraucher, der seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, ein unverhältnismässig hoher Entschädigungsbetrag auferlegt wird;

f) es dem Gewerbetreibenden gestattet wird, nach freiem Ermessen den Vertrag zu kündigen, wenn das gleiche Recht nicht auch dem Verbraucher eingeräumt wird, und es dem Gewerbetreibenden für den Fall, dass er selbst den Vertrag kündigt, gestattet wird, die Beträge einzubehalten, die für von ihm noch nicht erbrachte Leistungen gezahlt wurden;

g) es dem Gewerbetreibenden – ausser bei Vorliegen schwerwiegender Gründe – gestattet ist, einen unbefristeten Vertrag ohne angemessene Frist zu kündigen;

h) ein befristeter Vertrag automatisch verlängert wird, wenn der Verbraucher sich nicht gegenteilig geäussert hat und als Termin für diese Äusserung des Willens des Verbrauchers, den Vertrag nicht zu verlängern, ein vom Ablaufzeitpunkt des Vertrages ungebührlich weit entferntes Datum festgelegt wurde;

i) die Zustimmung des Verbrauchers zu Klauseln unwiderlegbar festgestellt wird, von denen er vor Vertragsabschluss nicht tatsächlich Kenntnis nehmen konnte;

j) der Gewerbetreibende die Vertragsklauseln einseitig ohne triftigen und im Vertrag aufgeführten Grund ändern kann;

k) der Gewerbetreibende die Merkmale des zu liefernden Erzeugnisses oder der zu erbringenden Dienstleistung einseitig ohne triftigen Grund ändern kann;

l) der Verkäufer einer Ware oder der Erbringer einer Dienstleistung den Preis zum Zeitpunkt der Lieferung festsetzen oder erhöhen kann, ohne dass der Verbraucher in beiden Fällen ein entsprechendes Recht hat, vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Endpreis im Verhältnis zu dem Preis, der bei Vertragsabschluss vereinbart wurde, zu hoch ist;

m) dem Gewerbetreibenden das Recht eingeräumt ist zu bestimmen, ob die gelieferte Ware oder erbrachte Dienstleistung den Vertragsbestimmungen entspricht, oder ihm das ausschliessliche Recht zugestanden wird, die Auslegung einer Vertragsklausel vorzunehmen;

n) die Verpflichtung des Gewerbetreibenden zur Einhaltung der von seinen Vertretern eingegangenen Verpflichtungen eingeschränkt wird oder diese Verpflichtung von der Einhaltung einer besonderen Formvorschrift abhängig gemacht wird;

o) der Verbraucher allen seinen Verpflichtungen nachkommen muss, obwohl der Gewerbetreibende seine Verpflichtungen nicht erfüllt;

p) die Möglichkeit vorgesehen wird, dass der Vertrag ohne Zustimmung des Verbrauchers vom Gewerbetreibenden abgetreten wird, wenn dies möglicherweise eine Verringerung der Sicherheiten für den Verbraucher bewirkt;

q) dem Verbraucher die Möglichkeit, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen oder sonstige Beschwerdemittel zu ergreifen, genommen oder erschwert wird, und zwar insbesondere dadurch, dass er ausschliesslich auf ein nicht unter die rechtlichen Bestimmungen fallenden Schiedsgerichtsverfahren verwiesen wird, die ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel ungebührlich eingeschränkt werden oder ihm die Beweislast auferlegt wird, die nach dem geltenden Recht einer anderen Vertragspartei obläge.

Allgemeine Geschäftsbedingungen

2. Tragweite der Buchstaben g), j) und l)

a) Buchstabe g) steht Klauseln nicht entgegen, durch die sich der Erbringer von Finanzdienstleistungen das Recht vorbehält, einen unbefristeten Vertrag einseitig und – bei Vorliegen eines triftigen Grundes – fristlos zu kündigen, sofern der Gewerbetreibende die Pflicht hat, die andere Vertragspartei oder die anderen Vertragsparteien alsbald davon zu unterrichten.

b) Buchstabe j) steht Klauseln nicht entgegen, durch die sich der Erbringer von Finanzdienstleistungen das Recht vorbehält, den von dem Verbraucher oder an den Verbraucher zu zahlenden Zinssatz oder die Höhe anderer Kosten für Finanzdienstleistungen in begründeten Fällen ohne Vorankündigung zu ändern, sofern der Gewerbetreibende die Pflicht hat, die andere Vertragspartei oder die anderen Vertragsparteien unverzüglich davon zu unterrichten, und es dieser oder diesen freisteht, den Vertrag alsbald zu kündigen.

Buchstabe j) steht ferner Klauseln nicht entgegen, durch die sich der Gewerbetreibende das Recht vorbehält, einseitig die Bedingungen eines unbefristeten Vertrages zu ändern, sofern es ihm obliegt, den Verbraucher hiervon rechtzeitig in Kenntnis zu setzen, und es diesem freisteht, den Vertrag zu kündigen.

c) Die Buchstaben g), j) und l) finden keine Anwendung auf

- Geschäfte mit Wertpapieren, Finanzpapieren und anderen Erzeugnissen oder Dienstleistungen, bei denen der Preis von den Veränderungen einer Notierung oder eines Börsenindex oder von Kursschwankungen auf dem Kapitalmarkt abhängt, auf die der Gewerbetreibende keinen Einfluss hat;
- Verträge zum Kauf oder Verkauf von Fremdwährungen, Reiseschecks oder internationalen Postanweisungen in Fremdwährung.

d) Buchstabe l) steht Preisindexierungsklauseln nicht entgegen, wenn diese rechtmässig sind und der Modus der Preisänderung darin ausdrücklich beschrieben wird.

1. Kapitel: Allgemeine Geschäftsbedingungen

ALEXANDER BRUNNER

Dr. iur., Obergerichter am Handelsgericht des Kantons Zürich,
Privatdozent an der Universität St. Gallen

lin: →

ZEHNTER BAND

Konsumentenschutz im Privatrecht

Herausgegeben von

ERNST A. KRAMER

Prof. Dr. iur. Dr. h.c.

Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information Der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2008 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
IISBN 978-3-7190-2501-4 (Helbing & Lichtenhahn Verlag)
www.helbing.ch

Vorwort

Der sich seit den Sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts weltweit entwickelnde rechtspolitische Gedanke eines spezifischen Schutzes der Letztverbraucher bezieht sich klarer Weise nicht auf das Privatrecht allein. «Massnahmen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten» sind gemäss Art. 97 Abs. 1 BV vom Bund integral in der ganzen schweizerischen Rechtsordnung zu setzen, also etwa auch im Verwaltungsrecht, Strafrecht, Prozessrecht und Wettbewerbsrecht. Dass die Anerkennung einer typischer Weise gegebenen strukturellen (wirtschaftlichen, informationellen, organisatorischen) Unterlegenheit des nicht professionell agierenden Konsumenten, konsequent zu Ende gedacht, auch dem Privatrecht (namentlich dem Vertrags- und Haftpflichtrecht) eine grundsätzlich neue Dimension zuwachsen liess, wurde in der Schweiz, wenn überhaupt, nur zögerlich zur Kenntnis genommen. Gesetzgeberische Interventionen, wie namentlich das BG vom 23.3.1962 über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, wurden als punktuelle Korrekturen mit dem eher pragmatisch begründeten Ziel eines «verstärkten Sozialschutzes» interpretiert, waren aber nur vereinzelt Anlass zu einem prinzipiellen Überdenken des «inneren Systems» des schweizerischen Privatrechts. Dessen «Philosophie» wurde weiterhin – trotz des 1981 in die Verfassung (Art. 31^{sexies} aBV) aufgenommenen Konsumentenschutzartikels – vom Primat der Handels- und Gewerbefreiheit geprägt.

Diese Zurückhaltung wirkt bis heute nach. Zwar hat der schweizerische Gesetzgeber im Anschluss an die gescheiterte EWR-Abstimmung (6.12.1992) eine ganze Reihe europarechtlicher Richtlinien zum Konsumentenschutz «autonom nachvollzogen», in zentralen Fragen ist das schweizerische Privatrecht aber seither wieder hinter den europäischen Standard zurückgefallen, weil die Sorge, neue Normen würden zu einer «Bevormundung» des «mündigen» Konsumenten führen und den liberalen Wirtschaftsplatz Schweiz beeinträchtigen, heute ganz im Vordergrund steht (vgl. die Medienmitteilung des Bundesrats vom 9.11.2005 [zitiert bei KOLLER-TUMLER, in diesem Band, S. 49]). So fehlt – dies ist das gravierendste Defizit – in der Schweiz immer noch eine klare gesetzliche Grundlage für eine verschärfte Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, so wie sie in der EU in Gestalt der Klauselrichtlinie von 1993 vorgesehen ist und in unseren Nachbarländern Deutschland und Österreich bereits seit 1976 bzw. 1979 gesetzlich verankert war. Dass sich das Bundesgericht angesichts dieser Abstinenz des Gesetzgebers – trotz verheissungsvoller Programmatik in BGE 123 III 292 (297 f.) – im Ergebnis weiterhin in Zurückhaltung übt, erscheint nicht unverständlich. Auch die Fernabsatzrichtlinie von 1997 und die Verbraucherkaufrichtlinie von 1999 haben bis jetzt keine Spuren im schweizerischen Privatrecht hinterlassen; die Vernehmlassungsvorlage zu einem BG über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevision des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) vom Januar 2001, in welcher neben den im Titel des geplanten BG ange-

sprochenen Materien auch wichtige allgemeine kaufrechtliche Teilrevisionen «versteckt» waren, wurde vom Bundesrat im November 2005 fallen gelassen.

Bei allem Bedauern über konsumentenschutzrechtliche Defizite des schweizerischen Privatrechts sollte das Erreichte in seiner Bedeutung nicht heruntergespielt werden. Diesen «*acquis hélvétique*» nach einer grundsätzlichen theoretischen Einleitung in seinen wichtigsten Ausformungen zusammenfassend zu präsentieren, ist das primäre Anliegen des vorliegenden Bandes. «SPR» dokumentiert dadurch sinnfällig, dass sich der Gedanke eines spezifischen privatrechtlichen Schutzes der Konsumentinnen und der Konsumenten inzwischen tatsächlich zu einer neuen Dimension des schweizerischen Privatrechts entwickelt hat. Eine Reihe von Überlegungen *de lege ferenda* mag gleichzeitig Ansporn sein, beim bisher Erreichten nicht stehen zu bleiben.

Überlegungen *de lege ferenda*: Damit ist gleichzeitig gesagt, dass der vorliegende Band in mancherlei Aussage nicht *sine ira et studio* verfasst ist. Hintergrund dieses rechtspolitischen Engagements ist jeweils der Verfassungsauftrag des Art. 97 Abs. 1 BV sowie der in der EU erreichte Schutzstandard, der freilich keineswegs als sakrosankt empfunden werden sollte.

Der Verfasserin und den Verfassern der einzelnen Abschnitte, Frau MARLIS KOLLER-TUMLER und den Herren ALEXANDER BRUNNER, SÉBASTIEN CHAULMONTET, BERND STAUDER und FRANZ WERRO, sei herzlich für ihre Beiträge gedankt; einigen Verfassern auch noch ganz besonders für ihre Geduld, die sie nach Ablieferung ihrer Beiträge bis zur jetzt erfolgten Drucklegung unter Beweis gestellt haben.

Basel, im Frühling 2008

ERNST A. KRAMER