

# Aktuelle Entwicklungen zu den Allgemeinen Vertragsbedingungen für Konsumenten und KMU

**Tagung vom 7. Mai 2014  
in Zürich**

Tagungsleitung  
**Alexander Brunner und Peter Gauch**  
(sjwz und unifri)

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## *Inhaltsübersicht über die Instrumente der AGB-Kontrolle*

### 1. **Präventive** AGB-Kontrolle

1.1 Verwaltungskontrolle (Aufsichtsrecht)

1.2 Informationsrecht (KIG)

### 2. **Wettbewerbsrechtliche** AGB-Kontrolle

2.1 Kartellrechtliche AGB-Kontrolle (KG)

2.2 Lauterkeitsrechtliche AGB-Kontrolle (UWG)

### 3. **Vertragsrechtliche** AGB-Kontrolle

3.1 Abschlusskontrolle der AGB (OR 1 und 18)

3.2 Inhaltskontrolle der AGB (ZGB 2)

### 4. **Aktuelle Entwicklung** (UWG 8)

4.1 Individueller Rechtsschutz (Vertrags- und Wettbewerbsrecht)

4.2 Kollektiver Rechtsschutz (Verbandsklage nach UWG und ZPO)

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## Vorbemerkung

Thema ist:

Aktuelle Entwicklungen zu den Allgemeinen Vertragsbedingungen für Konsumenten und KMU

**Was sind Konsumenten ?**

**Was sind KMU ?**



# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

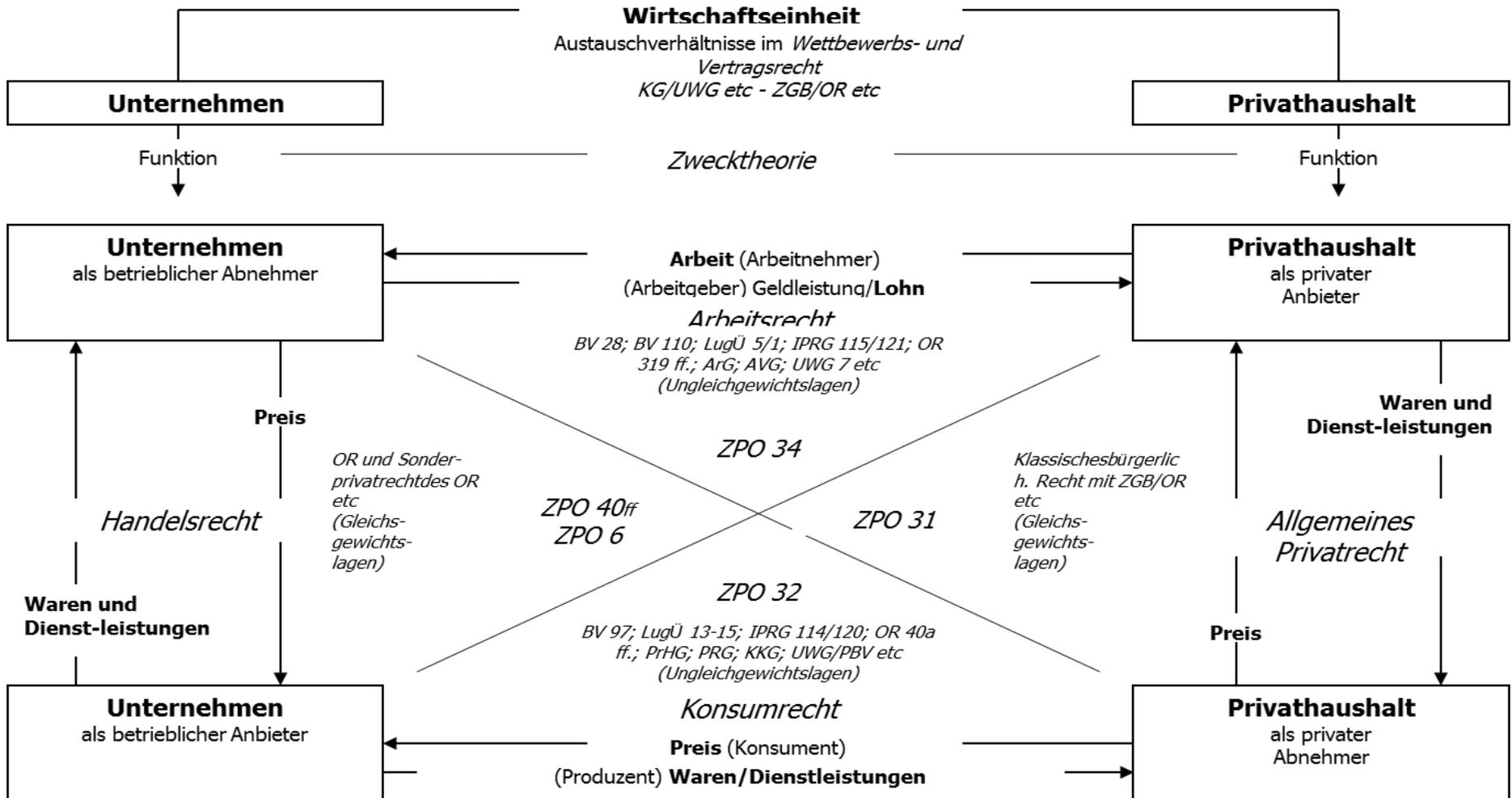
*Alexander Brunner*

## Ausgangslage: UWG 8

### Art. 8 Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der **Konsumentinnen und Konsumenten** ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.

Synallagma und Funktion zwischen Anbieter und Abnehmer am Markt



# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## 1. Präventive AGB-Kontrolle

### 1.1 Verwaltungskontrolle (Aufsichtsrecht)

**Abstrakte AGB-Kontrolle nach VAG:** Dieser Gedanke führte bereits vor 100 Jahren zum ersten Konsumentenschutzgesetz, d.h. zur Versicherungsaufsicht. Die Versicherer nutzten die ursprünglich herrschende Vertragsfreiheit schamlos zu ihren Gunsten 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, die vor der Marktzulassung der Versicherungsdienstleistung erfolgt und Wirkungen für eine Vielzahl von Geschäftskontakten der Marktteilnehmer entfaltet.

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## 1. Präventive AGB-Kontrolle

### 1.1 Verwaltungskontrolle (Aufsichtsrecht)

961.01 Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über  
Versicherungsunternehmen (VAG)

#### **Art. 1 VAG:**

- 1 Dieses Gesetz regelt die Aufsicht des Bundes über  
Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittlerinnen und  
Versicherungsvermittler.
- 2 Es bezweckt insbesondere den Schutz der Versicherten vor den  
Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor  
Missbräuchen.



Aber: Präventive AGB-Kontrolle aufgehoben !

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## 1. Präventive AGB-Kontrolle

### 1.2 Informationsrecht (KIG)

Geht man 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. Das schweizerische (KIG) verlangt einen transparenten Konditionen-Wettbewerb. Die Lenkungs-Entscheidungen 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.

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## 1. Präventive AGB-Kontrolle

### 1.2 Informationsrecht (KIG)

944.0 Bundesgesetz über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (KIG)

**Art. 1 KIG:** Dieses Gesetz bezweckt, die objektive Information der Konsumentinnen und Konsumenten (Konsumenten) zu fördern durch:

a. Vorschriften über die Waren- und Dienstleistungsdeklaration; ...

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## 2. Wettbewerbsrechtliche AGB-Kontrolle

### 2.1 Kartellrechtliche AGB-Kontrolle (KG)

Eine abstrakte AGB-Kontrolle erfolgt auch durch das Kartellrecht. 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.

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## 2. Wettbewerbsrechtliche AGB-Kontrolle

### 2.1 Kartellrechtliche AGB-Kontrolle (KG)

251 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen

#### **Art. 7 KG**

1 Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

2 Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht: lit. c) die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger **unangemessener Geschäftsbedingungen**

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## 2. Wettbewerbsrechtliche AGB-Kontrolle

### 2.2 Lauterkeitsrechtliche AGB-Kontrolle (UWG)

Anders als im Kartellrecht erfolgt die AGB-Kontrolle nach UWG ausschliesslich durch den Zivilrichter. Die Schweiz kennt keine öffentlich-rechtliche Lauterkeits-Kommission wie andere Staaten. Es besteht indessen eine private Stiftung gleichen Namens als Schiedsorgan, aber ohne hoheitliche Funktionen. Gleichwohl kann auch im Lauterkeitsrecht dann von abstrakter AGB-Kontrolle gesprochen werden, wenn missbräuchliche AGB durch Unterlassungsklagen und das Verbandsklagerecht generell ausser Kraft gesetzt werden sollen. Die Urteile der Zivilgerichte wirken sich dann für eine Vielzahl von künftigen Fällen aus.

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## 2. Wettbewerbsrechtliche AGB-Kontrolle

### 2.2 Lauterkeitsrechtliche AGB-Kontrolle (UWG)

241 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

#### **Art. 8**

Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein **erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten** vorsehen.

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## 3. Vertragsrechtliche AGB-Kontrolle

### 3.1 Abschlusskontrolle der AGB (OR 1 und 18)

Auch wenn die skizzierten Möglichkeiten der abstrakten AGB-Kontrolle (Verwaltungsaufsicht und Kollektivverträge nach **KIG**, **Kartell- und Lauterkeitsrecht**) einen entscheidenden Beitrag leisten sollen, 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.

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## 3. Vertragsrechtliche AGB-Kontrolle

### 3.1 Abschlusskontrolle der AGB (OR 1 und 18)

220 Obligationenrecht

**OR 1 (1)** Zum Abschlusse eines Vertrages ist die **übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung** der Parteien erforderlich.

**OR 18 (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.

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## 3. **Vertragsrechtliche** AGB-Kontrolle

### 3.1 Abschlusskontrolle der AGB (OR 1 und 18)

#### Auslegungsgrundsatz (**Vertrauensprinzip nach ZGB 2**)

Diese Rechtsfrage wird im schweizerischen Recht nach dem Auslegungsgrundsatz des Vertrauensprinzips entschieden. Die Schweizer Rechtsprechung 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 (vgl. Kasuistik).

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## 3. **Vertragsrechtliche** AGB-Kontrolle

### 3.1 Abschlusskontrolle der AGB (OR 1 und 18)

Insb.: **Unklarheitsregel** (Erklärungswille)

*Aber:* Vor der Anwendung der Unklarheitsregel ist die **Hierarchie der Auslegungselemente** zu berücksichtigen. Nur bei verbleibender Mehrdeutigkeit nach allgemeinem Sprachgebrauch sind AGB-Klauseln aufgrund der Unklarheitsregel im Zweifel gegen den Verfasser auszulegen.

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## 3. **Vertragsrechtliche** AGB-Kontrolle

### 3.2 Inhaltskontrolle der AGB (ZGB 2)

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. - Zur Ungewöhnlichkeitsregel besteht eine reiche Rechtsprechung. Gemäss Praxis des Bundesgerichts 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. - Das sind sowohl Konsumenten als auch KMU.

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## 3. **Vertragsrechtliche** AGB-Kontrolle

### 3.2 Inhaltskontrolle der AGB (ZGB 2)

210 Schweizerisches Zivilgesetzbuch

B. Inhalt der Rechtsverhältnisse

**ZGB 2** (I. Handeln nach Treu und Glauben)

1 Jedermann hat in der Ausübung seiner **Rechte und** in der Erfüllung seiner **Pflichten** nach *Treu und Glauben* zu handeln.

2 Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## 3. Vertragsrechtliche AGB-Kontrolle

### 3.2 Inhaltskontrolle der AGB (ZGB 2)

Das Bundesgericht bejaht die **direkte Inhaltskontrolle von AGB**.

Die Inhaltskontrolle von AGB ist zulässig bei Widerrechtlichkeit und Sittenwidrigkeit (**Art. 19/20 OR**), bei Übervorteilung (**Art. 21 OR**), bei der Verletzung des Persönlichkeitsrechts und der Vertragsfreiheit (**Art. 27 ZGB**) sowie bei Vorliegen von Rechtsmissbrauch (**Art. 2 Abs. 2 ZGB**).

Diese Voraussetzungen sind allerdings sehr zurückhaltend ausgelegt worden. Folge: Neue Entwicklung mit **rev.UWG 8**.

## **Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB**

*Alexander Brunner*

### **4. Aktuelle Entwicklung (UWG 8)**

#### **4.1 Individueller Rechtsschutz (Vertrags- und Wettbewerbsrecht)**

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) kannte eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG); diese Rechtsregel war indessen praktisch nicht tauglich (Kriterium "Irreführung").

Die seither eingetretene Rechtsentwicklung in der Schweiz legte es nahe, die bestehenden gesetzlichen Grundlagen angemessen zu ergänzen. Entscheidend war überdies die Rechtsentwicklung in der Europäischen Union.

## Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

### 4. Aktuelle Entwicklung (UWG 8)

#### 4.1 Individueller Rechtschutz (Vertrags- und Wettbewerbsrecht)

Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb/**19. Dezember 1986**

**alt Art. 8** Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

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

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

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

## Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

### 4. Aktuelle Entwicklung (UWG 8)

#### 4.2 Kollektiver Rechtsschutz (Verbandsklage nach UWG und ZPO)

**UWG 9** Wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb **oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt** wird, kann dem Richter beantragen:

- a. eine drohende Verletzung zu **verbieten**;
- b. eine bestehende Verletzung zu **beseitigen**;
- c. die Widerrechtlichkeit einer Verletzung **festzustellen**, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt.

2 Er kann insbesondere verlangen, dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder **veröffentlicht** wird.

# Einführung und Übersicht zur aktuellen Entwicklung der AVB

*Alexander Brunner*

## 4. Aktuelle Entwicklung (UWG 8)

### 4.2 Kollektiver Rechtsschutz (Verbandsklage nach UWG und ZPO)

#### **UWG 10**

1 Die Klagen gemäss Artikel 9 stehen ebenso den **Kunden** zu, die durch unlauteren Wettbewerb in ihren **wirtschaftlichen Interessen** bedroht oder verletzt sind.

2 Ferner können nach Artikel 9 Absätze 1 und 2 klagen:

a. Berufs- und Wirtschaftsverbände, die nach den Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind;

b. **Organisationen** von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, **die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen**; ...  
(vgl. dazu auch **ZPO 89** !)