

Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis

ALEXANDER BRUNNER, Dr. iur., Oberrichter und Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

I. Einleitung

Das Thema der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen *Lehre*¹ und Praxis ist ein weites Feld, weshalb eine Beschränkung auf die tragenden Leitlinien vordringlich erscheint. Eine weitere sinnvolle Beschränkung ergibt sich sodann aufgrund des Titels der vorliegenden Arbeit, der die *aktuelle* Praxis beschlagen soll; in freier Interpretation kann darunter die Gerichts- und Verwaltungspraxis der letzten zwanzig Jahre verstanden werden. Zum Thema der AGB-Kontrolle fanden sich auf diese Weise ab Anfang der achtziger Jahre im Vertragsrecht rund

1 CARL BAUDENBACHER, Wirtschafts-, schuld- und verfahrenrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983; CARL BAUDENBACHER u.a. (Hrsg.), AGB – Eine Zwischenbilanz, St.Gallen/Berlin 1991; WALO BAUER, Der Schutz vor unbilligen AGB im Schweizerischen Recht, 2. Aufl., Zürich 1980; ALEXANDER BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht (IPR und Verbandsklage), in: Bernd Stauder (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, 83–126; EUGEN BUCHER, Art. 1. VII. Anhang 1: Vertragsschluss unter Bezugnahme auf Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), N 47–65, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 2. Aufl., Basel/Frankfurt 1996, 40–46; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse: Dispositions générales du CO, 2^e éd., Berne 1997, 166–175 (Les conditions générales); PETER FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz – Eine Standortbestimmung, in: Hans Giger/Walter R. Schlupe (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982; PETER HOFER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Gesetz und Praxis in der Schweiz, in: Dach (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen in der europäischen Rechtspraxis, Wien 1997, 221–231; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, B und I, Bern 1996, 356–376; ERNST A. KRAMER, Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, SJZ 1985, 17–25, 33–39; ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 3. Aufl., Bern 1986/1991, Art. 1, 173–195; Art. 19/20, 127–141; ALOIS SCHULER, Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1978; INGEBORG SCHWENZER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Ingeborg Schwenzler, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Bern 1998, 264–274; BERND STAUDER, Les clauses abusives en droit suisse: situation actuelle et perspectives, in: Jacques Ghestin (éd.), Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, Paris 1991, 281–298; BERND STAUDER, Unfair Contract Terms in Swiss Law: The Current Situation and Perspectives, ECLJ 1991, 138–153.

30 Bundesgerichtsentscheide und ebenso viele Urteile kantonaler Gerichtsinstanzen sowie einige grundlegende Entscheide der Wettbewerbsbehörden.

Unter diesen rund 60 Entscheiden finden sich fünf Urteile, die – im Sinne einer persönlichen Wertung – als wegweisend bezeichnet werden können. Sie erscheinen als repräsentativ für eine Entwicklungslinie, die von der formellen zur materiellen Vertragsgerechtigkeit hinführt. Diese Entwicklung betrifft,

- erstens, eine Klarstellung des Verhältnisses zwischen Vertrauensprinzip und *Unklarheitsregel* im sog. Mercedes-Fall²;
- zweitens, eine Verdeutlichung der *Ungewöhnlichkeitsregel* für den Branchenunkundigen im sog. Hühnerfabrik-Fall³;
- drittens, die Bestätigung dieser Rechtsprechung auch für den Anwendungsbereich des *Konsumrechts* im sog. Automiete-Fall⁴, ein Entscheid im Übrigen, der von der Lehre⁵ lebhaft begrüsst wurde; sodann,
- viertens, ist hinzuweisen auf einen Entscheid zur *Inhaltskontrolle* von Banken-AGB über die Schadensabwälzung auf den Konsumenten⁶; und schliesslich,
- fünftens, der Hinweis auf den sog. Fussballplatz-Fall⁷, der für die Inhaltskontrolle von AGB gestützt auf den Tatbestand der Übervorteilung wesentliche Impulse verleihen wird, da dieser Entscheid erstmals ausdrücklich eine Hinwendung zur *materiellen Vertragsgerechtigkeit* aufzeigt.

Die aufgezeigte Entwicklungslinie betrifft die AGB-Kontrolle im Vertragsrecht. Entscheidend sind aber auch weitere Möglichkeiten ihrer Beurteilung, weshalb der Gang der Untersuchung fünf Punkte enthält: eine kurze *Grundlegung*, anschliessend drei Schwerpunkte, d.h. die *präventive*, die *wettbewerbsrechtliche* und die *vertragsrechtliche* AGB-Kontrolle, sowie abschliessend einen Ausblick auf das *Europarecht*.

Bei der Analyse des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wäre das Ziel an und für sich eine problemorientierte Betrachtungsweise, die sämtliche genannten Aspekte gleichzeitig reflektieren könnte. Dieses Ziel lässt sich in der Praxis jedoch – und «leider» muss man sagen – nur unvollkommen erreichen. Der Grund dafür liegt darin, dass die Problemlagen der AGB in verschiedenen Gesetzen geregelt sind (VAG, KIG, KG, UWG, ZGB und OR), die auch verschiedene Zuständigkeiten von Verwaltungen und Gerich-

2 BGer, 7.3.1996 = BGE 122 III 118.

3 BGer, 6.12.1983 = BGE 109 II 452.

4 BGer, 5.8.1993 = BGE 119 II 443.

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

6 BGer, 18.11.1986 = BGE 112 II 450.

7 BGer, 26.6.1997 = BGE 123 III 292.

ten zur Folge haben, mit dem Ergebnis, dass einheitliche Problemlagen wie das strukturelle Ungleichgewicht der Parteien zufolge von Machtunterschieden oder das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung künstlich auseinander gerissen werden und getrennt – einmal vom Wirtschaftsaufsichtsrecht, ein andermal vom Wettbewerbsrecht oder vom Vertragsrecht – beurteilt werden müssen. Doch man kann aus der Not auch eine Tugend machen. Die *Aufsplitterung der Beurteilungskriterien der AGB-Kontrolle durch den Gesetzgeber* ist dann kein Mangel, wenn bei der Rechtsanwendung der systematische Zusammenhang der genannten Gesetze bewusst bleibt. Als Synthese kann dabei das bereits erwähnte strukturelle Ungleichgewicht der Parteien zufolge von Macht- und Informationsunterschieden aus allen Problemlagen der AGB herausgeschält werden. Sie erweist sich als gemeinsame Klammer sowohl des Aufsichts- und Wettbewerbsrechts als auch des Vertragsrechts. Im Aufsichts- und Wettbewerbsrecht 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.

II. Grundlagen

1. *Handelsrecht (Unternehmens-AGB)*

Mit Bezug auf die Beurteilungskriterien der AGB erscheint zunächst die Unterscheidung zwischen Handelsrecht und Konsumrecht als wesentlich. Es spielt eine Rolle, ob AGB im Rahmen von Handelsgeschäften oder von Konsumverträgen verwendet werden, wobei im vorliegenden Zusammenhang der Begriff der AGB⁸ als gegeben vorausgesetzt werden kann.

8 BK-KRAMER, Art. 1 OR N 181: AGB sind generell und abstrakt formulierte Klauseln, die zum Voraus zum Zwecke aufgestellt wurden, damit eine unbestimmte Vielzahl künftiger Verträge mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern zu regeln, vgl. dazu einen Anwendungsfall im Arbeitsrecht: OGer ZH, 2.8.1988 = ZR 1991 Nr. 2 E. 5 f., AGB des kaufmännischen Vereins (KV).

Bei der Beurteilung von Unternehmens-AGB kann grundsätzlich⁹ von einem strukturellen *Gleichgewicht der Parteien* ausgegangen werden. Die Unternehmens-AGB, auch Kaufmanns-AGB¹⁰ 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 Formulare¹¹ führt (battle of the forms).

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

- Zahlungsvereinbarung «100% WIR»¹²;
- Kauf eines Bäckereiofens mit Verrechnungsverzicht¹³; Autohandel¹⁴; internationaler Kaufvertrag¹⁵;
- Mietvertrag zwischen SBB und Garage-Unternehmen¹⁶; Finanzierungsleasing für Investitionsgüter¹⁷;
- Bau einer Hühnerfabrik¹⁸; Werkvertrag über Hausbau¹⁹;
- Gewerbsmässige Auktion²⁰;
- Speditions- und Frachtvertrag²¹; internationaler Frachtvertrag²²;
- Automatenaufstellungsvertrag²³;

9 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: ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz 75, 88, 211, 215.

10 BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 298; ERNST A. KRAMER, Allgemeine Geschäftsbedingungen (FN1), 18 FN 4 unter Hinweis auf Merz; CARL BAUDENBACHER, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht, in: CARL BAUDENBACHER u.a., AGB – Eine Zwischenbilanz (FN 1), 17–65, insbes. 27 ff.

11 MARC PETER BÜHRER, AGB-Kollisionen, «the battle of the forms» und weitere Probleme beim Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1997.

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

13 BGer 21.6.1983 = BGE 109 II 213.

14 KantGer SG, 16.1.1994 = SJZ 1996, 153.

15 HGer ZH 17.6.1994 = SJZ 1994, 332.

16 BGer, 1.12.1982 = BGE 108 II 418.

17 BGer, 30.4.1992 = Pra 82 Nr. 39.

18 BGer, 6.12.1983 = BGE 109 II 452.

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

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

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

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

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

- Bank-Geschäftskonto einer AG²⁴; Geschäfts-Kontokorrent²⁵; Bank-Kontokorrent-Kredit eines Architektenkonsortiums²⁶; AGB-Pfandklausel bei Lombard-Kredit²⁷; AGB-Pfandklausel bei Unternehmens-Krediten²⁸; AGB-Pfandklausel mit Wegbedingung der nichtkonkursrechtlichen Pfandverwertung²⁹; Risikoüberwälzung im Checkverkehr³⁰;
- Betriebshaftpflichtversicherung³¹; Unternehmens-AGB in Versicherungsvertrag³²;
- AGB-Gerichtsstandsklausel allgemein³³; AGB-Gerichtsstandsklausel im internationalen Geschäftsverkehr³⁴; AGB-Gerichtsstandsklausel in Agenturvertrag³⁵;
- AGB-Schiedsklausel im internationalen Geschäftsverkehr³⁶; AGB-Schiedsklausel auf Konnossement³⁷;
- Vollstreckung eines ausländischen Urteils in der Schweiz³⁸.

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*³⁹ 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

24 BGer, 12.7.1983 = BGE 109 II 116.

25 OGer SO, 28.4.1992 = SJZ 1995, 54.

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

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

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

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

30 BGer, 18.12.1995 = BGE 122 III 26–33 = JKR 1997, 516 ff., mit Anm. von HANS FRICKER, AJP 1996, 1165 ff. und EUGEN 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.

31 BGer, 4.5.1992 = BGE 118 II 342.

32 BGer, 7.3.1996 = BGE 122 III 118–124.

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

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

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

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

37 BGer, 16.1.1995 = Pra 84 Nr. 205.

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

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

Privatrecht⁴⁰: «Die Mehrzahl der Bürger» ist ihren «Vertragspartnern nicht gewachsen: Vom *Aushandeln der Vertragsklauseln* kann – 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*»⁴¹. 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.

2. Konsumrecht (Konsumenten-AGB)

Dies führt zum Bereich des Konsumrechts⁴² bzw. zu den *Konsumenten-AGB*⁴³. Der AGB-Verwender trifft im Konsumrecht *typischerweise* auf eine Gegenpartei mit einem geringeren Informationsstand und einer schwächeren Verhandlungsmacht. Es besteht ein strukturelles Ungleichgewicht⁴⁴ zwischen den Parteien, zwischen Anbieter und Konsument. Die Praxis hatte dabei in

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

41 ROGER ZÄCH (FN 40), 188, Hervorhebung durch den Verfasser.

42 Vgl. zu diesem neuen Terminus: URS M. WEBER-STECHER, *Internationales Konsumvertragsrecht*, Diss. Zürich 1997, 2–4.

43 CARL BAUDENBACHER (FN 10), 28 ff.; RAINER GONZENBACH, *Konsumenten-AGB und kein Ende – oder doch?*, recht 1993, 28–30; MARLIS KOLLER-TÜMLER, *Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht*, Diss. Bern 1995, 107–117; BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 299–301; ERNST A. KRAMER, *Die konsumentenrechtlichen Defizite des schweizerischen Kaufrechts vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsentwicklung*, in: Alexander Brunner/Manfred Rehbinder/Bernd Stauder (Hrsg.), JKR 1998, 205 ff.; SUZANNE SCHENK-ENGELER, *Klauselkataloge in einigen neueren europäischen AGB- und Verbraucherschutzgesetzgebungen – Ihre Bedeutung für das schweizerische Recht*, Diss. St.Gallen, Bamberg 1993; PIERRE A. WESSNER, *Le consommateur final face aux contrats d'adhésion: le dispositif – insuffisant – de la protection civile*, in: François Gilliard et al. (éd.), *Konsumentenschutz – wie weiter?/Défense des consommateurs: Quel progrès?*, Bern 1985, 57–72. Zum Pauschalreiserecht vgl. insb.: BERND STAUDER, *Die AGB der Reiseveranstalter*, in: Carl Baudenbacher u.a. (Hrsg.), *AGB – Eine Zwischenbilanz*, St.Gallen/Berlin 1991, 139–222.

44 Vgl. dazu ALEXANDER BRUNNER, *Was ist Konsumentenrecht?*, JKR 1995, 31–57, insb. 45 ff.; «strukturell» bedeutet hier die *typischerweise* gegebene *Rechtstatsache* der Gleichheit bzw. Ungleichheit von Personen im Geschäftsverkehr.

den letzten zwanzig Jahren folgende Fälle mit Konsumenten-AGB zu entscheiden:

- Kauf eines Personenwagens⁴⁵;
- Automietvertrag mit Vollkaskoklausel⁴⁶;
- Hausbau für privaten Bauherrn⁴⁷;
- Internationaler Reisevertrag, Auslegung der IATA-Bedingungen als AGB⁴⁸; Reisevermittlung⁴⁹;
- Haftungsausschlussklauseln in Banken-AGB⁵⁰; Bankvertrag, Banklagerndvereinbarung⁵¹; Bankspaarvertrag/Sparheft, Entbindung von der Identitätsprüfung des vorweisenden Inhabers des Sparheftes⁵²; Anlagesparkonto⁵³; «Hobby-Börsianer»⁵⁴; Brokergeschäfte, Auftrag⁵⁵; Bankdepotvertrag mit Privatkunden⁵⁶; Eurocheck-Vertrag/EC-Karte⁵⁷;
- Versicherungsvertrag⁵⁸; Krankenkassenvertrag⁵⁹; Rechtsschutzversicherung für Private⁶⁰; AGB-Haftungsausschlussklausel in Vollkaskoversicherung bei Automiete⁶¹; Vollkaskoautoversicherung⁶²;
- AGB-Gerichtsstandsklausel in Fernkursvertrag⁶³.

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 Prinzip⁶⁴ und als Anwendungsfall des Vertrauensgrundsatzes

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

46 BGer, 5.8.1997 = Pra 87 Nr. 9.

47 BGer, 26.2.1997 = Pra 86 Nr. 164.

48 BezGer ZH, 16.5.1989 = SJZ 1990, 214 ff, insb. 216 f.

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

50 BGer, 18.11.1986 = BGE 112 II 450 = Pra 76 Nr. 144, übernommen im Entscheid des BezGer Horgen, 11.3.1992 = SJZ 1994, 66 f.

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

52 BGer, 12.10.1990 = Pra 79 Nr. 272.

53 BezGer Horgen, 11.3.1992 = SJZ 1994, 65.

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

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

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

57 BGer, 9.7.1996 = BGE 122 III 373 = Pra 86 Nr. 25 = JKR 1997, 519; vgl. Anm. von EUGEN BUCHER (FN 30), 55 f.

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

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

60 BGer 1.7.1993 = BGE 119 II 368.

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

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

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

64 ALEXANDER BRUNNER (FN 44), 51.

– das konsumrechtliche Ungleichgewichtsprinzip⁶⁵. Die Lehre von der schwächeren Vertragspartei wird auf diese Weise auch im Konsumrecht konkretisiert.

III. Präventive Kontrolle der AGB

1. Präventive Verwaltungskontrolle der AGB (VAG)

a) Abstrakte AGB-Kontrolle nach VAG

Dieser Gedanke führte bereits von 100 Jahren zum ersten Konsumentenschutzgesetz, d.h. zur Versicherungsaufsicht⁶⁶. Die Versicherer nutzten die ursprünglich herrschende Vertragsfreiheit schamlos zu ihren Gunsten⁶⁷ 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-Kontrolle⁶⁸, die vor der Marktzulassung der Versicherungsdienstleistung erfolgt und Wirkungen für eine Vielzahl von Geschäftskontakten der Marktteilnehmer entfaltet.

Art. 8 Abs. 1 lit. f VAG⁶⁹ bestimmt (in der Fassung Eurolex-Swisslex 1992), 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 VAG schreitet die

65 BezGer ZH, 30.6.1988 = ZR 1989 Nr. 27 = SJZ 1989, 249 ff.; ALEXANDER BRUNNER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, AJP 1992, 591 ff., insb. 593 f.; MARLIS KOLLER-TUMLER (FN 43), 212 f.; MIKAEL SCHMELZER, Der Konsumentenvertrag, Diss. St.Gallen 1995, 47 ff., 245 ff.; URS M. WEBER-STECHER (FN 42), 82 ff.

66 ANTON K. SCHNYDER, Versicherungsrecht als Konsumentenrecht, JKR 1996, 141–156. Zum Problem der AVB vgl. insb.: CHRISTOPH BÜRGI, Allgemeine Versicherungsbedingungen im Lichte der neuesten Entwicklung auf dem Gebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1985; THOMAS KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – dargestellt anhand einer Deckungsausschlussklausel in der Betriebshaftpflichtversicherung, recht 1999, 43 ff.

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

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

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

Aufsicht «gegen Missstände ein, welche die Interessen der Versicherten gefährden». Die Aufsicht ist damit umfassend und betrifft insbesondere die Vorlage der AGB zur abstrakten Kontrolle⁷⁰ durch die Verwaltung.

b) *Deregulierung des VAG*

Die aktuelle Entwicklung zeigt jedoch im Rahmen der Deregulierung des VAG eine gegenläufige Tendenz, die nicht zuletzt durch das Versicherungsabkommen zwischen der Schweiz und der EU von 1992 motiviert ist. 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 Paradigmawechsel des *Konsumentenleitbildes*, d.h. die Änderung der Vorstellung vom sog. unmündigen Kunden hin zum aufgeklärten und informierten Konsumenten als autonomen 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.»⁷¹

Art. 20 VE-VAG 1998 bestimmt daher neu: «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.»⁷² Die flächendeckende abstrakte AGB-Kontrolle als Marktzulassungsschranke für Versicherungsdienstleistungen, d.h. die präventive Kontrolle, findet sich im Vorentwurf 1998 nicht mehr. Gleichwohl wäre auch in Zukunft eine abstrakte AGB-Kontrolle dann möglich, wenn ein Anbieter gegen zwingendes Recht verstösst oder sonst in schwerwiegender Weise zum Nachteil einer Vielzahl von Versicherten handelt. Dies ist nach den Erwägungen des Vorentwurfs dann der Fall, wenn AGB verwendet werden, welche die Versicherten schwer benachteiligen⁷³. Es zeigt sich hier eine Angleichung der Beurteilungskriterien für ein bestimmtes Anbietersegment an das allgemeine Wirtschaftsrecht im UWG. 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, was beim Versicherungsvertrag nichts anderes bedeutet, als eine schwere Benachteiligung der Versicherten im Sinne des Vorentwurfs.

70 Zum aktuellen Umfang der präventiven AGB-Kontrolle, vgl. FN 69, JKR 1996, 240.

71 PETER PFUND (FN 67), 326.

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

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

c) *Ergebnis*

Im Ergebnis kann demnach festgehalten werden. *Erstens*: Die Aufhebung oder zumindest die erhebliche Abschwächung der abstrakten AGB-Kontrolle in Form der präventiven Kontrolle⁷⁴ der AVB gibt einmal mehr Anlass zur aktuellen Forderung nach einem schweizerischen AGB-Gesetz⁷⁵. Dies gilt umso mehr, als nach absolut herrschender Meinung der Lehre der zitierte Art. 8 UWG nahezu wirkungslos ist, worauf zurückzukommen sein wird⁷⁶.

Zweitens: 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, andernfalls bleibt der Wunsch der Vater des Gedankens.

2. *Konsumenteninformationsrecht (KIG)*

a) *Konditionen-Wettbewerb nach KIG*

Das schweizerische Konsumenteninformationsgesetz (KIG)⁷⁷ verlangt einen solchen transparenten Konditionen-Wettbewerb. Die Lenkungsentscheide 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*⁷⁸ an, die einen Vergleich von Waren und Dienstleistungen und damit den Konditionen-Wettbewerb unmöglich und illusorisch machen.

74 Zur beschränkten Wirkung der präventiven Verwaltungskontrolle von AGB, vgl. ERNST A. KRAMER, Allgemeine Geschäftsbedingungen (FN 1), 33 f.

75 ALEXANDER BRUNNER et al. (FN 69), VAG-Revision, JKR 1998, 336. Vgl. auch nachfolgend FN 149.

76 Vgl. nachfolgend FN 96.

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

78 HEIN KÖTZ, Europäisches Vertragsrecht, Tübingen 1996, 212 f.

b) *AGB-Kollektivverträge nach KIG*

Die Markttransparenz durch den Vergleich von Angeboten, deren Inhalt massgeblich durch die AGB der Anbieter bestimmt wird, soll nun 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, insbesondere aber auch *übersichtlich*⁷⁹ 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 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. Unklarheitsregel⁸⁰ im Vertragsrecht entlastet werden könnte.

c) *Ergebnis*

Im Ergebnis kann Folgendes festgehalten werden. *Erstens*: Die Lösung der AGB-Kontrolle über den Abschluss von AGB-Kollektivverträgen ist vom Ideal der Habermas'schen Diskurstheorie geprägt: Gerechtigkeit durch Verfahren. In rationalen Diskursen sollen die Verbände einen gerechten Ausgleich schaffen, ein Bild, das wir von der politischen Konsens- und Konkordanzdemokratie⁸¹ her kennen. Was dort funktioniert, ist hier jedoch praktisch erfolglos geblieben. In den letzten zehn Jahren seines Bestehens hat das KIG nahezu keine solchen Kollektivverträge hervorgebracht. Es fehlt hier der Raum, den Gründen für dieses Scheitern vertieft nachzugehen. Es scheint jedoch, dass das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Anbietern und Konsu-

79 Es geht vorliegend um das Transparenzgebot, vgl. HELMUT HEINRICH, Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: Friedrich Graf von Westphalen/Otto Sandrock (Hrsg.), FS Reinhold Trinkner, Heidelberg 1995, 157–177, insb. 159; PETER C. MATT, Das Transparenzgebot in der deutschen AGB-Rechtsprechung: Ein Mittel zur Aktivierung von Art. 8 UWG?, Basel 1997; PETER O. MÜLBERT, Das Transparenzgebot des UWG als Instrument der AGB-Kontrolle, AJP 1995, 723–732.

80 Nachfolgend FN 111 ff.

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

menten sich in ihren jeweiligen Verbänden fortsetzt. Es ist keine eigentliche Parität gegeben.

Zweitens macht auch die beste abstrakte AGB-Kontrolle die konkrete AGB-Kontrolle im Vertragsrecht nie obsolet. 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 musste⁸².

IV. Wettbewerbsrechtliche Kontrolle der AGB

1. Kartellrecht (KG)

a) Abstrakte AGB-Kontrolle nach KG

Eine abstrakte AGB-Kontrolle erfolgt auch durch das Kartellrecht⁸³. 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, als 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.

Die aktuelle Entwicklung im Kartellrecht trägt diesem Umstand Rechnung. 1997 fand ein Treffen zwischen der Wettbewerbskommission (WEKO) und Vertretern der Schweizer Zivilgerichte statt⁸⁴, um die Rechtsanwendung von Art. 15 und Art. 47 des revidierten Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG) sicherzustellen.

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

83 BG vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251). Vgl. zur Dokumentation der Gesetzgebung: JKR 1995, 145 f.; JKR 1996, 241–247; JKR 1997, 429–433; JKR 1998, 319–333.

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

Steht nach Art. 15 KG in einem Zivilverfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage, so wird die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorgelegt. Nach Art. 47 KG kann die WEKO auch in anderen Fällen Gutachten verfassen. Stellt die WEKO einen Wettbewerbsverstoss 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 Wettbewerbskommission. Die Zukunft wird weisen, ob das mit der aktuellen Rechtsentwicklung möglich gewordene Zusammenspiel des Zivilrichters und der Wettbewerbskommission auch für die AGB-Kontrolle freiheitsstiftend wirken wird. Das würde bedeuten, dass die Zivilgerichte in Zukunft vermehrt auf solider Gutachtensgrundlage der WEKO wettbewerbswidrige AGB-Klauseln zufolge Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 OR nichtig⁸⁵ erklären könnten.

b) Zur aktuellen Praxis der AGB-Kontrolle nach KG

Im Übrigen wäre es reizvoll, die aktuelle Praxis der AGB-Kontrolle der letzten zwanzig Jahre aufzuzeigen, die bereits unter dem alten, bis Mitte 1996 gültigen Kartellgesetz ergangen ist. Es bleibt aber immerhin der Raum für drei Hinweise abstrakter AGB-Kontrollen der letzten Jahre durch die Wettbewerbsbehörden.

Erstens der Hinweis auf die Aufhebung des *Sachversicherer-Kartells*, die sich auf eine eingehende, 1988 veröffentlichte Untersuchung stützte: Dieser 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 Einheitstarif vor. Für das gleiche Risiko hat der Versicherungsnehmer bei jeder Gesellschaft die gleiche Prämie bei identischen Versicherungsbedingungen zu entrichten.»⁸⁶

Zweitens der Hinweis auf die 1989 veröffentlichte Untersuchung über die gesamtschweizerisch wirkenden Vereinbarungen im Bankgewerbe⁸⁷: In dieser Untersuchung wurden mehrere Klauseln der gesamtschweizerisch

85 Vgl. dazu eingehend, ROGER ZÄCH, (FN 9), 292, Rz 497 ff.

86 VKKP 3/1988, 49.

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

verwendeten Banken-AGB gerügt⁸⁸. So beispielsweise die Willensfiktion der Genehmigung von Bankauszügen durch die Übertragung des Übermittlungsrisikos an den Kunden oder die allgemeine Wegbedingung aller Schäden infolge von Legitimationsmängeln und Fälschungen⁸⁹ zulasten des Kunden. Es handelte sich dabei um Muster-AGB der Schweizerischen Bankier-Vereinigung, die von den einzelnen Banken in der Regel ohne Änderung im Endverbrauchsmarkt verwendet wurden. Dass die Vertragsfreiheit der Kunden damit erheblich eingeschränkt wurde, bedarf keiner weiteren Ausführungen.

Drittens den Hinweis auf die Untersuchung im *Autohandel*⁹⁰: Hier zeigte sich, dass vor allem im Ersatzteilhandel durchgehend vertikale Wettbewerbsbeschränkungen vorlagen. Im Rahmen der abstrakten AGB-Kontrolle bestimmten daher die Wettbewerbsbehörden⁹¹, dass die Fahrzeuggarantien 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.

c) *Ergebnis*

Als Ergebnis kann demnach festgehalten werden, dass die abstrakte AGB-Kontrolle im Kartellrecht wirksame Korrekturen dort ermöglicht, 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.

2. *Lauterkeitsrecht (UWG)*

a) *Abstrakte AGB-Kontrolle nach UWG*

Anders als im Kartellrecht erfolgt die AGB-Kontrolle nach UWG⁹² ausschliesslich durch den Zivilrichter. Die Schweiz kennt keine öffentlich-rechtliche Lauterkeitskommission wie andere Staaten. Es besteht indessen eine

88 VKKP 3/1989, 40.

89 Vgl. zu diesem Fragenkomplex die Dissertation von SABINE KILGUS, Haftung für Unterschriftenfälschung im Bankverkehr und die Zulässigkeit ihrer Wegbedingung durch AGB, Zürich 1988.

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

91 VKKP 3/1996, 226.

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

private Stiftung⁹³ gleichen Namens als Schiedsorgan mit der Möglichkeit einer Popularbeschwerde, aber ohne hoheitliche Funktionen. Gleichwohl kann auch im Lauterkeitsrecht dann von abstrakter AGB-Kontrolle gesprochen werden, wenn missbräuchliche AGB durch Unterlassungsklagen und das *Verbandsklagerecht*⁹⁴ generell ausser Kraft gesetzt werden sollen. Die Urteile der Zivilgerichte wirken sich dann für eine Vielzahl⁹⁵ von künftigen Fällen aus.

Entscheidend ist hier der – umstrittene⁹⁶ – Art. 8 UWG über missbräuchliche Geschäftsbedingungen: Danach handelt unlauter, wer vorformulierte AGB 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.

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

-
- 93 Vgl. dazu die Berichterstattung zur Rechtsprechung der Schweizerischen Lauterkeitskommission (SLK) in den Jahrbüchern des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR, ab Jahrgang 1995). Zu verweisen ist sodann auf den Abdruck der SLK-Grundsätze in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. 5: Wettbewerbsrecht, Teilbd. 1: Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1998.
- 94 BERND STAUDER, Die AGB-Verbandsklage nach dem UWG-Entwurf, in: François Gilliard u.a. (Hrsg.), Konsumentenschutz – wie weiter?/Défense des consommateurs: Quel progrès?, Bern 1985, 73–91; ALEXANDER BRUNNER (FN 1), 83–126.
- 95 Diese Konzeption der abstrakten AGB-Kontrolle wurde vor der Revision des UWG 1986 vor allem von folgender Arbeit analysiert: WALTER STICHER, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als wettbewerbsrechtliches Problem, Diss. St.Gallen, Luzern 1981.
- 96 FRANÇOIS DESSEMONTET 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; FRANÇOIS DESSEMONTET, Le contrôle judiciaire des conditions générales, in: Philippe Carruzzo/Pierre-André Oberson (éd.), La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Lausanne 1988, 57–87; PETER GAUCH, Die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» – Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, BR 1987, 51–60; JACQUES GUYET, Les conditions générales, les conditions commerciales «abusives» et l'art.8 de la nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, in: François Antoniazzi (éd.), Mélanges Assista, Genève 1989, 47–68; JACQUES GUYET, Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG), in: Roland von Büren, Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. 5: Wettbewerbsrecht, Teilbd. 1: Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1998, 233–238; MORITZ KUHN, Was bedeutet die offene Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) gemäss Art.8 neu UWG für die schweizerische Versicherungswirtschaft?, SVZ 1987, 275–287; PETER C. MATT (FN 79); KARL H. NEUMAYER, Zu Art.8 des neuen UWG - Eine rechtsvergleichende Analyse, in: Peter Forstmoser u.a. (Hrsg.), FS Max Keller, Zürich 1989, 727–741; MARCO TOLLER, 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, 51–72.

Grundsatz für eine *Ausnahme* geschaffen. Lässt man hingegen das erst in den letzten parlamentarischen Beratungen aufgepfropfte Kriterium über den Vertragsabschluss, d.h. das Irreführungselement, 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 Tatbestandselemente 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.

b) *Zur aktuellen Praxis der AGB-Kontrolle nach UWG*

Zur aktuellen Praxis der AGB-Kontrolle nach UWG, d.h. zur Anwendung von Art. 8 UWG, finden sich vier 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 Vertragsnatur widersprechen (unlautere Überrumpelung). Es sind dies die folgenden Entscheide:

- Automatenaufstellungsvertrag⁹⁷;
- Banken-AGB⁹⁸; sowie
- zwei Fälle von Automietverträgen⁹⁹.

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 Lehre¹⁰⁰ lebhaft begrüsst wurde. Es handelt sich aber um einen der seltenen Anwendungsfälle unter Berücksichtigung der Tatsache, dass das revidierte UWG seit mehr als zehn Jahren in Kraft steht.

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

98 BGer, 9.7.1996 = BGE 122 III 373 = Pra 86 Nr. 25 = JKR 1997, 519; vgl. auch die Anm. von Bucher, recht 1997, 55 ff.

99 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, 389 ff.

100 Vgl. vorstehend FN 5.

c) *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 welchem 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 Unternehmens-AGB¹⁰¹ 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 Nichtigkeit¹⁰², andererseits Anfechtbarkeit¹⁰³ des unter Verwendung der AGB abgeschlossenen Vertrages angenommen¹⁰⁴.

V. Vertragsrechtliche Kontrolle der AGB

1. Abschlusskontrolle der AGB

a) *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.

101 Vgl. vorstehend FN 39.

102 MARCO TOLLER (FN 96), 54 FN 10 und 60 f. mit weiteren Hinweisen, insb. auf C. Baudenbacher und L. David.

103 MARCO TOLLER (FN 96), 54 FN 11 und 61 f. mit weiteren Hinweisen auf P. Gauch, W.R. Schlupe, E. Bucher, E.A. Kramer, A. Brunner, M. Pedrazzini und B. Stauder.

104 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.

Die Abschlusskontrolle, auch *Geltungskontrolle*¹⁰⁵ genannt, fragt im Zivilprozess danach, ob AGB im Einzelfall vom Konsens der Parteien erfasst wurden. Hat 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?

b) *Auslegungsgrundsatz (Vertrauensprinzip)*

Diese Rechtsfrage wird im schweizerischen Recht¹⁰⁶ nach dem Auslegungsgrundsatz des Vertrauensprinzips entschieden. Bei der Recherche für die vorliegende Arbeit fanden sich rund 30 Fälle, bei denen die Gerichtspraxis¹⁰⁷ der letzten zwanzig Jahre für die Beurteilung von AGB ausdrücklich auf das Vertrauensprinzip hingewiesen hat. 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 Ge-

105 HANS GIGER, *Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Zürich 1983.

106 Zum *Vertrauensprinzip* im schweizerischen Recht besteht eine reichhaltige Literatur, für das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen zusammengefasst bei XAVIER FAVRE-BULLE, *Le rôle du principe de la bonne foi et de l'abus de droit dans le domaine des clauses abusives*, in: Pierre Widmer/Bertil Cottier (éd.), *Abus de droit et bonne foi*, Fribourg 1994, 139–179, mit weiteren Hinweisen.

107 Die *bundesgerichtliche Rechtsprechung* zur Anwendung des Vertrauensprinzips auf AGB-Verträge in *chronologischer Reihenfolge*: BGer, 15.1.1997 = 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, 256 ff. (teilweise Aufhebung des Urteils des BezGer Wil/SG, 3.12.1992 = JKR 1996, 392); KantGer SG, 16.1.1994 = SJZ 1996, 153; OGer SO, 28.4.1992 = SJZ 1995, 54.

genpartei 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*, insbesondere auf Forstmoser, Kramer, Merz, Schönenberger/Jäggi, Oftinger und Bucher¹⁰⁸. 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 Zürich¹⁰⁹ 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, 34 f.; A. STÄHELIN, Der Schutz der schwächeren Vertragspartei, BJM 1978, 2 f.; KRAMER, Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat und Wettbewerbsrechts, ZSR 1979 I 49 ff.; 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} BV¹¹⁰) 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 Ungleichgewichtsprinzip ist nicht anwendbar beim Tatbestand des *tatsächlichen Wissens- und Willenskonsenses* zwischen Anbieter und Konsument, da dieses Prinzip – im Rahmen der Auslegung – die Privatautonomie als solche bzw. die Vertragsfreiheit der Parteien (ZGB 12 und OR 1) 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.

108 Zitat gemäss BGE 109 II 116: «statt vieler: Forstmoser, Rechtsprobleme der Bankpraxis, 24; Kramer, N. 173 ff. zu Art. 1 OR; Merz in FS Schönenberger, 137 ff.; Schönenberger/Jäggi, N. 427 ff. zu Art. 1 OR; Oftinger in FS Zepos, Bd. II, 546 ff.; Bucher, OR Allg. Teil, 130 ff.; Bucher in FS Deschenaux, 267; Guggenheim, Lex contrats de la pratique bancaire suisse, 60 ff.».

109 BezGer ZH, 30.6.1988 = ZR 1989 Nr. 27 = SJZ 1989, 249 ff. = JKR 1995, 253.

110 Art. 31^{sexies} BV entspricht Art. 97 BV der neuen, auf den 1. Januar 2000 in Kraft tretenden schweizerischen Bundesverfassung.

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 Willenskonsens*. Hier sind bestehende Informationsunterschiede im Rahmen des konkreten Einzelfalles zu beachten.

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 Beurteilungsmassstab 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 der Auslegungsgrundsätze* zu beachten. Erst nach Anwendung des *grammatischen* (E. 2b und 2c/bb, Berücksichtigung des Wortlauts, der 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).

c) *Unklarheitsregel (Erklärungswille)*

Zur Unklarheitsregel finden sich zwölf aktuelle Entscheide¹¹¹. Dabei hat das Bundesgericht in Ansätzen schon vor dem soeben zitierten Entscheid¹¹² in *BGE 119 II 368* festgehalten, dass die Hierarchie der Auslegungselemente – hier v.a. das Grammatische und das Teleologische (E. 4b) zu berücksichtigen ist. Nur bei verbleibender Mehrdeutigkeit nach allgemeinem Sprachgebrauch¹¹³ sind AGB-Klauseln aufgrund der *Unklarheitsregel* im Zweifel gegen den Verfasser (hier einen Versicherer) auszulegen.

111 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*: BGer, 7.10.1997 = BGE 124 III 155–166 = JKR 1998, 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, insb. 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, 525 ff.; KantGer VS, 27.3.1996 = RVJ 1996, 257 ff.

112 Zur *Stufenfolge der Auslegungselemente*: BGer, 7.3.1996 = BGE 122 III 118–124; BGer 1.7.1993 = BGE 119 II 368.

113 Das Auslegungskriterium des allgemeinen und alltäglichen Sprachgebrauchs ist auch bei der Anwendung der Unklarheitsregel massgeblich, vgl. dazu auch BGer, 4.5.1992 = BGE 118 II 342, insb. 344, 345 E. 1a.

Im Ergebnis kann damit festgehalten werden: In theoretischer Hinsicht wäre die sog. 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 sich die Instanzgerichte für ihre Entscheide, die rasch gefällt werden sollten, an Faustregeln orientieren müssen. Diesen Weg geht zu Recht auch das Europarecht mit dem Katalog im Anhang zur AGB-Richtlinie von 1993 über missbräuchliche Klauseln.

d) *Ungewöhnlichkeitsregel (Geschäftswille)*

Zur praktischen Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel finden sich 23 Gerichtsentscheide¹¹⁴, die seit Anfang der 80er-Jahre ergangen sind. Nach einem neueren Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1997¹¹⁵ sind nach die-

114 Vgl. *Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Ungewöhnlichkeitsregel in chronologischer Reihenfolge*: 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, 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, 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, 480 ff. (*mit eingehender Besprechung in: THOMAS ACKERMANN, 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, 256 ff.; OGer BL, 29.11.1994 = BJM 1995, 311 ff.; OGer BL, 18.10.1994 = JKR 1997, 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.

115 BGer, 5.8.1997 = Pra 87 Nr. 9.

ser 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 1993¹¹⁶ 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*.

Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Ungewöhnlichkeitsregel wurde nicht in allen kantonalen Entscheiden übernommen. So führte das Zürcher Handelsgericht im Jahre 1985¹¹⁷ 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 Verteuerung – bleiben gewahrt. Das Handelsgericht hielt daher entgegen *BGE 109 II 452* an seiner Praxis¹¹⁸ 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 neuerer Entscheid des Obergerichts Basel-Land aus dem Jahre 1993¹¹⁹ geht in die gleiche Richtung wie das Zürcher Handelsgericht. Das Gericht hatte u.a. eine AGB-Klausel über die *Zugangsfiktion* von Bankmitteilungen

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

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

118 ZR 1980 S. 252 ff.

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

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 Bankmitteilung seitens des Kunden.

e) *Ergebnis*

Im Ergebnis kann 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 Handelsrecht¹²⁰ als auch im Konsumrecht¹²¹ 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 Schutz¹²² gegeben ist, wenn ein tatsächlicher, ein hypothetischer oder gar ein fiktiver Konsens der Parteien angenommen wird.

2. *Inhaltskontrolle der AGB*

a) *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 Vertrags¹²³ ge-

120 Im Hühnerfabrik-Fall: BGer, 6.12.1983 = BGE 109 II 452 (*bestätigt in BGE 119 II 446*).

121 Im Automiete-Fall: BGer, 5.8.1993 = BGE 119 II 443 = Pra 83 Nr. 229 = SemJud 1994, 637 ff. = JKR 1996, 389 ff.

122 Auf diese unbefriedigende Situation bei der sog. verdeckten Inhaltskontrolle durch Auslegung der Willenserklärungen weist zu Recht hin: CLAIRE HUGUENIN JACOBS, 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 ERNST A. KRAMER, Neues aus Gesetzgebung, Praxis und Lehre zum Vertragsschluss, BJM 1995, 1–24, insb. 15.

123 Art. 1 OR in Verbindung mit Art. 2 ZGB und Art. 18 OR.

wordenen AGB auch mit Bezug auf ihren *Inhalt* vor dem Gesetz standhalten. Die *gesetzlichen Schranken* umfassen dabei nicht nur die besonderen Schutznormen¹²⁴ im engeren Sinn, sondern auch die Rechtsgrundsätze des allgemeinen Zivilrechts¹²⁵ und Vertragsrechts¹²⁶.

b) *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*¹²⁷ bzw. *Vertragsauslegung* überprüft und korrigiert wird. Die *direkte* Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln stützt 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 Bundesgerichts¹²⁸. Es ging dabei im Rahmen der Abschlusskontrolle um die verdeckte Inhaltskontrolle durch die einschränkende Auslegung einer AGB-Haftungsausschlussklausel in einem Banksparvertrag, d.h. einem Sparheft. Das Bundesgericht entschied, die Entbindung von der Identitätsprüfung des vorweisenden Inhabers des Sparheftes in den AGB sei einschränkend auszulegen. Der Haftungsausschluss der Bank war dementsprechend unwirksam. Im Übrigen kann zur indirekten AGB-Inhaltskontrolle auf die vorstehenden Ausführungen zur Abschlusskontrolle in Anwendung der sog. Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregel verwiesen werden.

c) *Direkte Inhaltskontrolle (Gesetzesrecht)*

Die Lehre¹²⁹ fordert nun seit Jahren den Übergang von der verdeckten zur offenen Inhaltskontrolle von AGB. Die Praxis hingegen blieb bisher sehr

124 Vgl. dazu die umfassende Dokumentation der *Gesetzgebung* im Bereich des schweizerischen, europäischen und internationalen Konsumrechts in: ALEXANDER BRUNNER et al. (FN 69), JKR 1998, 265–369; JKR 1997, 393–450; JKR 1996, 207–280; JKR 1995, 125–168.

125 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).

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

127 Vgl. dazu vorstehende Ausführungen unter Ziff. 1.

128 BGer, 12.10.1990 = Pra 79 Nr. 272.

129 Zusammenfassung bei BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 274 ff., N 277 ff. und N 290 ff. sowie Art. 21 OR N 43.

zurückhaltend. Immerhin finden sich zehn Entscheide¹³⁰ im untersuchten Zeitraum der letzten zwanzig Jahre, 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-Fall¹³¹. Die Inhaltskontrolle von AGB sei zulässig¹³² 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). In zwei neueren 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-Landschaft¹³³ 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 Handelsgericht¹³⁴ 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 1986¹³⁵ bejahte das Bundesgericht eine *direkte Inhaltskontrolle* gestützt auf Art. 100 Abs. 2 OR nach richterlichem Ermessen gemäss Art. 4 ZGB. In die gleiche Richtung wies bereits ein Bundesgerichtsentscheid im Jahre 1983¹³⁶; 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

130 *Direkte Inhaltskontrolle* in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *zumindest thematisiert*: BGer, 26.6.1997 = BGE 123 III 292–305 = Pra 86 Nr. 142 = JKR 1998, 461–468; BGer, 18.12.1995 = BGE 122 III 26–33 = JKR 1997, 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 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.

131 BGer 21.6.1983 = BGE 109 II 213.

132 BGE 109 II 217.

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

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

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

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

Unternehmen auftreten. Darunter dürften alle Anbieter fallen, die im Massengeschäft Waren und Dienstleistungen im Rahmen des Aufsichtsrechts¹³⁷ anbieten: Banken, Börsen-Broker, Versicherungen, Personentransporte aller Art, Gastgewerbe, Ärzte und Anwälte. Diese nach Bundesgericht zulässige direkte Inhaltskontrolle von AGB-Freizeichnungsklauseln¹³⁸ wurde von den kantonalen Gerichten jedoch nur teilweise¹³⁹ übernommen oder gar nicht thematisiert¹⁴⁰. In einer neueren Entscheidung von 1995¹⁴¹ 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 zulässig¹⁴² erachtet.

Eine grundlegende Änderung bahnt sich indessen seit dem Fussballplatz-Fall aus dem Jahre 1997¹⁴³ 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 sogenannt *sozialen Privatrecht* kontinuierlich verstärkt. Das Vertragsrecht wird zunehmend «materialisiert», die formale Vertragsfreiheit durch *materielle Vertragsgerechtigkeit* verdrängt, besonders

137 Zum *schweizerischen Aufsichtsrecht* eingehend: ALEXANDER BRUNNER et al., (FN 69); MANFRED REHBINDER et al., Dokumentation der Rechtsprechung, und BERND STAUDER, Dokumentation der Literatur, in den Jahrgängen des Jahrbuchs des schweizerischen Konsumtenrechts (JKR, Bern 1995 ff.), unter den systematischen Kennziffern: I.4.1.2 (a. ff.) und III.3.2.1 – III.3.2.6).

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

139 Die Rechtsprechung gemäss BGE 112 II 450 wurde *übernommen* in: BezGer Horgen, 11.3.1992 = SJZ 1994, 66 f. (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).

140 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 im Sinne von 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*).

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

142 Vgl. zur Kritik dieses Urteils: HANS FRICKER, Urteilsanmerkungen zu BGE 122 III 26 ff., (FN 30), 1165 ff. und EUGEN BUCHER, (FN 30), 41–56.

143 BGer, 26.6.1997 = BGE 123 III 292–305 = Pra 86 Nr. 142 = JKR 1998, 461–468; Erwägungen zu Art. 19, 20 Abs. 2 und Art. 21 OR. Vgl. insb. die Erwägung E.2.e)aa).

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 m.E. für das schweizerische Vertragsrecht und insbesondere auch für das *Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* eine Änderung der Rechtsprechung ein, die das deutsche Bundesverfassungsgericht bereits im Jahre 1993 im sog. Bürgschafts-Fall¹⁴⁴ 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 verfassungskonform¹⁴⁵ auszulegen. Dies bedeutet eine Berücksichtigung der Grundwerte der Verfassung bei der direkten richterlichen AGB-Inhaltskontrolle¹⁴⁶.

d) 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

144 BVerfG 19.10.1993 = ZIP 1993, 1774; dokumentiert für das schweizerische Recht in JKR 1996, 530–536. Vgl. dazu HEINRICH HONSELL, 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: EVA MARIA BELSER, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit: Ein Kommentar zum deutschen Bürgschaftsbeschluss und zum Stand der richterlichen Inhaltskontrolle in der Schweiz, AJP 1998, 433–445.

145 ALEXANDER BRUNNER (FN 44), 51 FN 27, unter Hinweis auf BGE 114 Ia 331; ROGER ZÄCH, Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung, SJZ 1989, 1 ff. und 25 ff.; PETER SALADIN, Grundrechte und Privatrechtsordnung, SJZ 1988, 373 ff.; EUGEN BUCHER, «Drittwirkung der Grundrechte?», SJZ 1987, 37 ff., insb. 39 FN 14.

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

den letzten zwanzig Jahren eine erhebliche Veränderung vollzogen hat. Hilfreich wird dabei inskünftig eine klare Trennung zwischen Handels- und Konsumrecht sein. Die vorliegende Arbeit hat gezeigt, 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 Rechtsverhältnisse zwischen betrieblichen Anbietern (Unternehmen) und privaten Abnehmern (Konsumenten) erfasst. Die *offene* AGB-Inhaltskontrolle gemäss herrschender Lehre darf von der Gerichtspraxis nicht länger als wissenschaftliches Postulat betrachtet werden; im Konsumrecht ist sie *geltendes Verfassungs- und Gesetzesrecht*.

VI. Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts?

1. EU-Richtlinie 1993 über Vertragsklauseln

Gleichwohl wäre es für die Gerichte und für die rechtsuchenden Parteien im Hinblick auf das Postulat der *Rechtssicherheit* von grossem Vorteil, wenn der schweizerische Gesetzgeber die klaren Vorgaben der EU-Richtlinie¹⁴⁷ über missbräuchliche Klauseln übernehmen würde. Das schweizerische Recht ist auf dem Gebiet der AGB nur teilweise europaverträglich¹⁴⁸, was die *Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen (EKK)* in ihrer Empfehlung vom 12. Juni 1997 an den Bundesrat in einer rechtsvergleichenden Übersicht¹⁴⁹ festgestellt hat.

147 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. L 95 21.04.93/ 29), s. Anhang A.

148 CLAIRE HUGUENIN JACOBS (FN 122), 85–95; ROLF P. JETZER/GAUDENZ G. ZINDEL, EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, SJZ 1994, 432–436; JÖRG SCHMID, Der EG-Richtlinienvorschlag über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen – und mögliche Auswirkungen auf die Schweiz, in: Pierre Tercier u.a. (Hrsg.), *Aspects du droit européen*, Fribourg 1993, 243–259; JÖRG SCHMID, Klauselkatalog der AGB-Richtlinie und schweizerisches Obligationenrecht, in: Bernd Stauder (Hrsg.), *Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen*, Zürich 1996, 49–82; ANTON K. SCHNYDER, AGB-Richtlinie und schweizerische Versicherungsbedingungen, in: Bernd Stauder (Hrsg.), a.a.O., 177–192; JÖRG SCHWARZ, 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: Bernd Stauder (Hrsg.), a.a.O., 127–175.

149 Die «Empfehlung der EKK vom 12. Juni 1997 betreffend *Allgemeine Geschäftsbedingungen*» ist abgedruckt in: BRUNNER/REHBINDER/STAUDER, JKR 1997, 731–735.

Die bisherige Praxis hat denn auch 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 und es wäre die Aufgabe des Gesetzgebers, diesen sowie die Grundsätze der Richtlinie in das schweizerische Recht zu überführen.

2. Gesetzgebungsvorstösse zur AGB-Kontrolle

Nicht nur die Lehre¹⁵⁰ fordert ein schweizerisches «AGB-Gesetz». Vielmehr sind auch Vorstösse zur AGB-Kontrolle auf der Ebene der Gesetzgebung zu verzeichnen. Neben der bereits genannten EKK-Empfehlung von 1997 ist die *Motion* LEEMANN über Allgemeine Geschäftsbedingungen und missbräuchliche Klauseln von 1994 zu erwähnen, die nach Erlass der EU-Richtlinie 1993 eingereicht wurde¹⁵¹. Der *Bundesrat* lehnte die Form der Motion (direkte Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfes) ab, war jedoch mit der Umwandlung in die Form des Postulates (Analyse der Rechtsfrage in einem umfassenden gesetzgeberischen Rahmen) einverstanden mit der folgenden bemerkenswerten Begründung¹⁵²: «... 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.*» Dieser Aufruf des Bundesrates zur AGB-Inhaltskontrolle sollte – bis zur Angleichung des schweizerischen Rechts an das Europarecht – in der Gerichtspraxis nicht ungehört verhallen.

150 Vor Erlass der EU-Richtlinie 1993 bspw.: CARL BAUDENBACHER, Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz?, ZBJV 1987, 505–531. Zuletzt: ERNST A. KRAMER, (FN 43), 234 f.

151 Die *Motion* LEEMANN 1994, überwiesen als Postulat, ist abgedruckt bei: Bernd Stauder (FN 1), 213–216. Zu den bereits früher, vor Erlass der EU-Richtlinie 1993, eingereichten Gesetzgebungsvorstössen, vgl. ALEXANDER BRUNNER et al., (FN 69), JKR 1995, 146–147.

152 Text bei Stauder (FN 151), a.a.O., 216.

ZSR 4 1999

Inhalt des 4. Heftes, Halbband I, 1999

Abhandlungen

KRAMER, ERNST A.: AGB- und Konsumentenkaufvertragsrecht: Das neue europäische Recht als Vorbild für die Schweiz?	295
BRUNNER, ALEXANDER: Die Kontrolle Allgemeiner Geschäfts- bedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis	305
SCHLECHTRIEM, PETER: Die Anpassung des deutschen Rechts an die Klausel-Richtlinie und den Richtlinienvorschlag zum Verbraucher- kaufrecht	335
SCHUHMACHER, WOLFGANG: Die Anpassung des österreichischen Rechts an die EU-Vertragsklausel-Richtlinie sowie an die Verbrauchs- güterkauf-Richtlinie	361
PATTI, SALVATORE: Die Kontrolle von Verbraucherverträgen im italienischen Recht nach der Umsetzung der EG-Richtlinie	385
WITZ, CLAUDE: Die Kontrolle von Verbraucherverträgen nach der Umsetzung der EU-Richtlinien in Frankreich	405
Anhang: A. EU-Klauselrichtlinie	425
B. EU-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie	435