

Alexander Brunner\*

# AVB und Verbandsklage

## 1. Wirtschaftsrechtliche Grundlagen

Die Organisatoren der Tagung zu den hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich Haftung und Versicherung haben den Schreibenden um einen Diskussionsbeitrag zur Thematik «AVB und Verbandsklage» gebeten. Diese Thematik wurde bereits anderweitig eingehend dargestellt und dokumentiert<sup>1</sup>, weshalb sich der vorliegende Beitrag auf Feststellungen und Thesen beschränken kann.

Das geltende liberale Vertragsrecht geht von der Gleichwertigkeit der Vertragspartner aus; ebenbürtige Partner verhandeln gegenseitig die Bedingungen aus, die für Leistung und Gegenleistung des Vertrages massgebend sein sollen. Diese idealtypische Vorstellung trifft in der Regel im zivilrechtlichen Verkehr zwischen Privatpersonen zu sowie im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen. Dieser Idealtypus von Vertragsverhandlungen trifft jedoch dann nicht auf die Realität zu, wenn zwischen den Vertragsparteien ein *Ungleichgewicht von Wissen und Macht* besteht. Bei solchen Konstellationen hat der Gesetzgeber daher seit jeher massvolle Normen des Ausgleichs geschaffen, womit nicht nur das soziale Vertragsrecht gemeint ist. Schon im *Handelsrecht* werden bspw. Minderheits-Aktionäre durch besondere Normen (insb. Informationspflichten) geschützt, marktmächtige Unternehmen werden bei missbräuchlichem Verhalten durch das Kartellrecht zurück gebunden und täuschendes Verhalten wird durch das Lauterkeitsrecht verboten. Die Schutznormen des Handelsrechts wirken sich dabei vor allem zu Gunsten Kleiner und Mittlerer Unternehmen (KMU) aus.

Entscheidend ist in Ergänzung dazu das bereits erwähnte *soziale Vertragsrecht*, das in der *Lehre von der schwächeren Vertragspartei* begründet und vom Gesetzgeber seit Jahrzehnten etabliert worden ist. Dazu zählen – in historischer Reihenfolge – das *Arbeitsrecht*, das *Mietrecht* und das *Konsumentenrecht*.

\* Dr. iur., Zollikon, Oberrichter am Handelsgericht Zürich und nebenamtlicher Bundesrichter.

<sup>1</sup> ALEXANDER BRUNNER, Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht (IPR und Verbandsklage), in: B. STAUDER (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, 83–126; DERS., Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis, ZSR 1999 I, 305–333; DERS., Zur Verbands- und Sammelklage in der Schweiz, in: H.U. WALDER (Hrsg.), FS Frank, Zürich 2003, 37–51.

Was nun das *Versicherungsvertragsrecht* betrifft, sind zwei grundlegende Konstellationen gegeben: Einerseits der Abschluss eines Versicherungsvertrags zwischen Unternehmen (Versicherer und Handelsgesellschaft als Versicherungsnehmer), andererseits ein Versicherungsvertrag zwischen einem Unternehmen (Versicherer) und einem Privathaushalt (natürliche Personen, die für persönliche oder familiäre Zwecke handeln). Nur im letzteren Fall liegt nach überwiegender Meinung ein Konsumentenvertrag vor, der von den Grundsätzen des *Konsumentenrechts* erfasst wird.

In der Lehre ist strittig, inwieweit der Schutz der schwächeren Vertragspartei, wie er im Konsumentenrecht bzw. durch die *schweizerische Wirtschaftsverfassung* (Art. 97 BV) *positiv normiert und konkretisiert* wird, auch Tatbestände des sog. *small business man*, insb. *KMU* erfassen soll. Strittig ist diese Frage aus einem sachlichen Grund: Schliessen *KMU* mit marktmächtigeren Unternehmen Verträge, so werden diese als Rechtsgeschäfte *zwischen Unternehmen* grundsätzlich vom *Handelsrecht* und nicht vom Konsumentenrecht geregelt. Im Wirtschaftsverfassungsrecht der Schweiz fehlt nun aber eine Norm, die analog zum Schutz der Konsumenten an ein *Wirtschaftssubjekt der KMU anknüpfen* würde. Der Gesetzgeber setzt hier grundsätzlich die idealtypische Gleichwertigkeit bei den Vertragsverhandlungen voraus. Ob diese Wertung des Gesetzgebers auf die Realitäten des Marktes zutrifft oder nicht, ist Gegenstand vieler Auseinandersetzungen; immerhin gelten hier aber die ausgleichenden Normen des allgemeinen Privat- und Wirtschaftsrechts (Art. 2 und Art. 27 ZGB; Art. 2 und 8 UWG; Art. 19-21 OR; Art. 7 KG).

Im folgenden soll wegen des *ausdrücklichen Verfassungsauftrags* (Art. 97 BV) ausschliesslich das Konsumentenrecht bzw. der Schutz der Konsumenten vor missbräuchlichen AVB-Klauseln zur Diskussion gestellt werden.

## 2. Thesen zur AVB-Inhaltskontrolle im materiellen Vertragsrecht

### 2.1 Notwendige AVB-Inhaltskontrolle?

Das ist nach dem Gesagten eine rhetorische Frage. Das Wirtschaftsverfassungsrecht der Schweiz geht zu Recht von den realen Verhältnissen am Markt aus. Dabei ist typischerweise von einem *Ungleichgewicht zwischen* betrieblichen Anbietern (Unternehmen, hier: Versicherer) einerseits und privaten Abnehmern (Konsumenten, hier: *Versicherungsnehmer* für persönliche oder familiäre

Zwecke) andererseits auszugehen. Dieses Ungleichgewicht, das der Konzeption des liberalen Vertragsrechts widerspricht, ist das Einfallstor für Vertragsbedingungen, die bei näherer Betrachtung als missbräuchlich qualifiziert werden müssen.

Missbräuchlich können AVB-Klauseln sein, welche die Haftung für Leben oder Körperschaden generell ausschliessen. Auch Klauseln, die im Ergebnis ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung begründen, können missbräuchlich sein. Das Gleiche gilt für unverhältnismässige Leistungskürzungen für die geringfügige Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten oder für die Begründung von Willensfiktionen, die eine vertragliche Bindung bewirken, von der nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht ausgegangen werden kann. Auch AVB-Klauseln mit einseitigem Recht der Vertragsänderung ohne Mitwirkung der Gegenpartei können das Ergebnis der ungleichen Situation beim Vertragsabschluss sein. Das Gleiche gilt für Bestimmungen, die vorsehen, dass der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen, Beweismittel ungebührlich beschränkt werden oder die Beweislast umverteilt wird.

Es kann wohl als unbestritten gelten, dass solche AVB-Klauseln missbräuchlich sein können und im konkreten Fall keinen Rechtsschutz verdienen. Strittig ist demgegenüber, unter welchen Voraussetzungen der Inhalt solcher Klauseln geprüft werden soll.

## 2.2 Unter welchen Voraussetzungen?

Nach der hier vertretenen Meinung ist die *AVB-Inhaltskontrolle bereits geltendes Recht*. Das Bundesgericht ist in einer Vielzahl von Fällen im Rahmen der sog. Abschlusskontrolle und in Anwendung des Vertrauensprinzips zu einer *verdeckten Inhaltskontrolle* von Allgemeinen Geschäftsbedingungen übergegangen. Soweit missbräuchliche AVB-Klauseln gegen zwingendes materielles Recht verstossen, ist nach geltendem Recht auch die *offene Inhaltskontrolle* möglich. Das Bundesgericht hat sodann in einem Leitentscheid (BGer, 26.06.1997 = BGE 123 III 292-305 = Pra 86 Nr. 142 = JKR 1998, 461-468; Erwägungen zu Art. 19, 20 Abs. 2 und Art. 21 OR) festgehalten, das Vertragsrecht werde durch den Gesetzgeber zunehmend «materialisiert» und «die formale Vertragsfreiheit durch materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt, besonders deutlich etwa in den Gebieten des Miet- und Arbeitsrechts, des Konsumentenschutzes oder der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.»

Eine besondere Rechtsfrage stellt sich allerdings in jenen Fällen, bei welchen kein Verstoss gegen zwingendes Recht (Vertragsrecht und öffentlichrechtliche Eingriffsnormen) vorliegt, vielmehr durch eine Reihe von an sich zulässigen AVB-Klauseln der ausgleichende Gehalt und der Bestand des dispositiven Vertrags-

rechts aus den Angeln gehoben wird. Es stellt sich in diesen Fällen die Frage, ob solche AVB-Klauseln dadurch missbräuchlich werden, dass sie das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung von Versicherer und Versicherungsnehmer empfindlich stören.

Der Auftrag des Wirtschaftsverfassungsrechts in Art. 97 BV kann in solchen Fällen weder mit der AVB-Abschlusskontrolle (vgl. insb. Art. 2 ZGB und Art. 18 Abs. 1 OR) noch mit der offenen Inhaltskontrolle (Art. 19–21 OR) erfüllt werden. Der Gesetzgeber hat diese Lücke erkannt und in der Folge auch geschlossen, indem Art. 8 UWG folgendes bestimmt: «Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei: (lit. a) von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder (lit. b) eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.» Damit ist eine offene Inhaltskontrolle dort indiziert und vorzunehmen, wo missbräuchliche AVB-Klauseln den Grundgehalt des dispositiven Versicherungsvertragsrechts illusorisch werden lassen und gegen die Idee eines gerechten Ausgleichs verstossen. Den Problemen, die sich bei der Anwendung von Art. 8 UWG in der Praxis stellen, kann vorliegend nicht weiter nachgegangen werden.

### **3. Thesen zur Rechtsdurchsetzung (Verbandsklage) im formellen Recht**

#### **3.1 Probleme der Individualklage gegen missbräuchliche AVB**

Es stellt sich des weiteren die Frage, mit welchen Mitteln der Idee eines gerechten Ausgleichs gegenüber missbräuchlichen AVB-Klauseln zum Durchbruch verholfen werden kann. Dies ist eine Frage der *Rechtsverwirklichung*, denn Gesetznormen gehören zum Bereich des *Sollens* und nicht zum Bereich des *Seins*.

Nach dem *Wegfall der präventiven AVB-Kontrolle* bleibt es grundsätzlich dem einzelnen Versicherungsnehmer überlassen, mittels der Formen der Zivilklage gegen missbräuchliche AVB-Klauseln vorzugehen und ihre Wirkung in konkreten Einzelfällen anzufechten. Solche *Individualklagen* bieten jedoch keinen hinreichenden Schutz vor missbräuchlichen AVB-Klauseln. Dies aus folgenden Gründen: Allgemeine Geschäftsbedingungen sind vorformulierte Vertragsklauseln, die *generell-abstrakte* Inhalte aufweisen und durch den Verwender gegenüber einer Vielzahl von Vertragspartnern zur Anwendung gelangen. Stellt nun ein Gericht in

Folge einer Individualklage eines einzelnen Versicherungsnehmers die Missbräuchlichkeit von AVB-Klauseln eines Versicherers fest, so gilt dieses Feststellungsurteil (allenfalls verbunden mit der Leistungsklage) ausschliesslich und nur zwischen den *individuell-konkreten* Prozessparteien. Eine Verpflichtung des AVB-Verwenders, die als missbräuchlich qualifizierten Klauseln gegenüber der meist grossen Anzahl übriger Vertragspartner inskünftig nicht mehr zu verwenden, besteht nicht. Die präjudizielle Wirkung einer Individualklage hält sich in engen Grenzen. Nach geltendem Zivil- und Prozessrecht ist jeder einzelne Versicherungsnehmer – allenfalls über Informationen von Verbänden – gezwungen, seinerseits eine Individualklage gegen die bereits als missbräuchlich qualifizierten AVB-Klauseln anzustrengen.

### 3.2 Probleme der sog. Sammelklage

Dies wäre bei sog. Sammelklagen nicht der Fall. Bei dieser Klageform würde es genügen, als Versicherungsnehmer zu einer klar bestimmbar Gruppe von Personen zu gehören, die vom Inhalt und von der Stossrichtung der Sammelklage erfasst wird. Die Sammelklage wird daher auch Gruppenklage genannt. Auch ohne besondere (zusätzliche) Klage gelten die Prozessergebnisse des urteilenden Gerichts betreffend Feststellung und Leistung für alle Personen, die in den Schutzbereich der Sammelklage fallen; vorliegend demnach Versicherungsnehmer, denen gegenüber missbräuchliche AVB-Klauseln zu Anwendung gelangt waren.

Störend an der Sammel- und Gruppenklage ist jedoch die Tatsache, dass die Prozess- und Verfahrens-Autonomie der einzelnen Personen äusserst gering ausgestaltet ist. Sodann besteht die Gefahr des Missbrauchs durch Personen der Klagevertretung. Es ist daher nicht anzunehmen, dass dieses Instrument des angelsächsischen Rechtsraumes in Europa und der Schweiz in absehbarer Zeit zum geltenden Zivilprozessrecht gehören wird. Die Sammelklage ist daher vorliegend nicht weiter zu vertiefen.

### 3.3 Verbandsklage als moderate Zwischenlösung des geltenden Rechts

*Geltendes schweizerisches Recht* ist jedoch die Verbandsklage gegen missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen. So sind nach Art. 9 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 UWG Wirtschafts- und Konsumentenverbände befugt, mit Feststellungs- und Unterlassungsklagen gegen missbräuchliche AVB-Klauseln im Sinne von Art. 8 UWG vorzugehen. Dies entspricht denn auch ihrer *generell-abstrakten* Natur. Entscheidend ist sodann, dass ein entsprechendes Urteil nach

Art. 9 Abs. 2 UWG veröffentlicht werden kann, womit die interessierte Öffentlichkeit Kenntnis davon erhält, dass als missbräuchlich qualifizierte AVB-Klauseln nicht bloss im individuell-konkreten Fall, sondern generell als unzulässig erklärt worden sind (*Feststellungsurteil*) und vom AVB-Verwender inskünftig auch nicht mehr verwendet werden dürfen (*Unterlassungsurteil*).

#### 4. Schlussbemerkung

Nachdem die präventive AVB-Kontrolle durch die *Verwaltung* weggefallen ist, kommt daher der Verbandsklage zwecks Feststellung und Unterlassung von missbräuchlichen AVB-Klauseln durch die *Gerichte* eine herausragende Bedeutung zu. Die Vormarktkontrolle wird durch die Nachmarktkontrolle ersetzt. Zu Recht wird daher dieses prozessuale Instrument im Vorentwurf der Expertenkommission für eine eidgenössische Zivilprozessordnung in Art. 79 VE-ZPO-CH ausdrücklich zusätzlich geregelt. Die Verbandsklage nach Art. 9 und 10 UWG in Verbindung mit Art. 8 UWG gilt dabei nicht nur im Bereich des Versicherungsrechts – was eine unzulässige Diskriminierung der Versicherungsbranche bedeuten würde –, sondern in allen Bereichen der Wirtschaft.

## Anhang:

Aktuelle Materialien zum Diskussionsthema

### Anhang 1

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

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

#### ***Empfehlung***

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

#### ***Begründung***

##### 1. Einleitung

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

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

bedingungen würde daher auch für Schweizer Unternehmen eine einheitliche Geschäftsgrundlage im Binnenmarkt Schweiz bieten und gleichzeitig die Schweizer Konsumenten den Konsumenten in Europa gleich stellen.

Das *Fehlen einer allgemeinen Lösung* des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Obligationenrecht (OR) führt im schweizerischen Recht aber auch zu einer teilweisen *Diskriminierung einzelner Branchen*, für welche sektoriell Normen über Vertragsbedingungen erlassen werden. So ist nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber bspw. im Bereich der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (sog. AVB) Normen erlässt, dies jedoch in ebenso wichtigen anderen Wirtschaftsbereichen (Banken, Reisebranche, Handel) unterlässt. Zu Recht weisen denn auch die Vertreter der regulierten Branchen auf die Ungleichbehandlung durch den Gesetzgeber hin. Würde zudem eine allgemeine Lösung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Obligationenrecht bestehen (horizontale Gesetzgebung), könnte die Legiferierung in den jeweiligen Teilbereichen (vertikale Gesetzgebung) erheblich vereinfacht und gestrafft werden (vgl. die zur Zeit laufenden Revisionen bspw. im Versicherungsvertragsrecht, VVG).

In diesem Sinne wurde die vorliegende EKK-Empfehlung an den Bundesrat vorerst von der Subkommission Europarecht in mehreren Sitzungen vorbereitet und schliesslich in der Sitzung der Hauptkommission vom 3. Juni 2003 einstimmig verabschiedet.

## 2. Bisherige Gesetzesvorstösse

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

Die unzureichenden gesetzlichen Grundlagen haben bisher zu mehreren – jeweils immer überwiesenen – Vorstössen auf eidgenössischer Ebene geführt. Zu erinnern ist an das POSTULAT LUDER vom 14. Juni 1977 (77.380; ABull SR 1977, 637-638), an die MOTION ALDER vom 13. Dezember 1978 (78.577; ABull NR 1979, 596-600), an die MOTION CREVOISIER vom 16. Dezember 1982 (82.941; ABull NR 1983, 513-514), an die MOTION LEEMANN von 1994 (94.3561, ABull NR 1995, 936 f.) sowie schliesslich an die PARLAMENTARISCHE INITIATIVE SOMMARUGA vom 20. September 2002 (parlamentarische Beratung noch offen).

## 3. Bisherige Rechtsprechung und Lehre

Rechtsprechung und Lehre sind bei der Lösung des Problems der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Theoriebildungen und allgemeine Prinzipien angewiesen, da eine klare Gesetzesgrundlage fehlt (vgl. dazu Zusammenfassung: ALEXANDER BRUNNER, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuel-

len schweizerischen Lehre und Praxis, ZSR 1999 I, 305-333). Es ist insbesondere auf die so genannte *Unklarheitsregel* und die so genannte *Ungewöhnlichkeitsregel* hinzuweisen. Dabei stösst vor allem die verdeckte Inhaltskontrolle von Vertragsbedingungen mittels dieser beiden Faustregeln der Praxis auf Kritik. Angesichts dieser Tatsache ist der Gesetzgeber aufgerufen, eine hinreichende Gesetzesgrundlage zu schaffen.

#### 4. Gesetzestechnische Fragen

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

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

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

#### 5. EKK-Gesetzesentwurf

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

Obligationenrecht (SR 220)

OR Art. 1–Art. 10

Obligationenrecht (SR 220)

EKK Vorentwurf OR-Revision AGB

EKK Vorentwurf OR-Revision AGB

Rev OR Art. 10a

IV. Allgemeine Geschäftsbedingungen

1. *Einbeziehung in den Vertrag*

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

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags,

wenn der Verwender bei Vertragsschluss die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismässigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist und

wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

Rev OR Art. 10b

2. *Vorrang der Individualabrede*

(1) Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

(2) Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen richtet sich im übrigen nach Art. 18a ff. OR.

### **Rev OR Art. 10c**

#### *3. Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit*

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

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

### **Obligationenrecht (SR 220)**

#### **OR Art. 11–Art. 17**

#### **OR Art. 18**

#### **D. Auslegung der Verträge, Simulation**

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

### **EKK Vorentwurf OR-Revision AGB**

#### **Rev OR Art. 18 (nur Randtitelergänzung)**

(sonst gleicher Text)

#### **D. Auslegung der Verträge**

##### *1. Grundsatz und Simulation*

(1) (Absatz 1 gleicher Text wie bisher)

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

(2) (Absatz 2 gleicher Text wie bisher)

### **Rev OR Art. 18a**

#### **II. Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen**

##### *1. Mehrdeutige Klauseln*

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

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

### **Rev OR Art. 18b**

##### *2. Ungewöhnliche Klauseln*

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

### **Rev OR Art. 18c**

##### *3. Zweifel bei der Auslegung*

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

**OR Art. 19****E. Inhalt des Vertrages****I. Bestimmung des Inhaltes**

- 1 Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden.
- 2 Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst.

**OR Art. 20****II. Nichtigkeit**

- 1 Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.
- 2 Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.

**OR Art. 21****III. Übervorteilung**

- 1 Wird ein offenbares Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder

des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist, so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen.

2 Die Jahresfrist beginnt mit dem Abschluss des Vertrages.

### **Obligationenrecht (SR 220)**

### **EKK Vorentwurf OR-Revision AGB**

#### **Rev OR Art. 21a**

#### **IV. Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen**

##### *1. Anwendungsbereich*

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

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

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

**Rev OR Art. 21b****2. Grundsatz der Inhaltskontrolle**

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

(2) Eine unangemessene Benachteiligung des Konsumenten ist im Zweifel anzunehmen, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen

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

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

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

**6. Kurzbegründung zum EKK Vorentwurf OR-Revision AGB*****Zu Art. 10a – Art. 10c EKK Vorentwurf OR-Revision AGB***

Diese Regelung klärt den *Vertragsabschluss unter Verwendung* von AGB. Sie entspricht der bereits heute geltenden Rechtsprechung und Lehre und findet allgemein Anwendung, d.h. sowohl für allgemeine Verträge als auch für Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten.

e-  
ss  
u-

ne  
ge  
lie  
en  
ler  
on  
rer  
ig-

der  
uf-  
seite  
itte  
de-

*Zu Art. 18a – Art. 18c EKK Vorentwurf OR-Revision AGB*

Diese Regelungen betreffen die *Auslegung* von AGB. Auch sie entsprechen der bereits heute geltenden Rechtsprechung und Lehre und finden allgemein Anwendung, d.h. sowohl für allgemeine Verträge als auch für Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten.

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

*Zu Art. 21a EKK Vorentwurf OR-Revision AGB*

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

*Absatz 1* von Artikel 21a Vorentwurf verweist dabei auf den Grundsatz von Artikel 21b Vorentwurf (Generalklausel). Der EKK stellte sich hier die Frage, ob der Klauselkatalog des Anhangs der EU-RL in der einen oder anderen Form übernommen werden sollte. Der Vorentwurf beschränkt sich indessen auf die *Generalklausel*, was eher der schweizerischen Gesetzestechnik entsprechen und in der Rechtsprechung zu analogen Ergebnissen führen dürfte. Immerhin geht hier die EKK von ihrer Aufgabenstellung her davon aus, dass die Inhaltskontrolle auf den Sozialschutz beschränkt werden sollte, womit die Inhaltskontrolle nur bei Konsumentenverträgen zur Anwendung gelangen würde. Die EKK lässt es dabei ausdrücklich offen, ob der Bundesgesetzgeber die Inhaltskontrolle ausweiten will (bspw. auf Tatbestände und Schutz der KMU) oder nicht.

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

*Absatz 3* von Artikel 21a Vorentwurf soll in *Einzelfällen* verhindern, dass der Konsumentenschutz in nicht legitimierbaren Fällen zur Anwendung gelangt (bspw. Direktoren, Fachleute, etc.). Es handelt sich hier um die Anwendung des

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

#### *Zu Art. 21b EKK Vorentwurf OR-Revision AGB*

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

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

*Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen*

## Anhang 2

### Auszug aus dem Experten-Entwurf für ein Schweizerisches Konsumentenschutzgesetz (Brunner/ Rehbinder/ Stauder, Bern 2003):

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

---

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

beschliesst:

(I Gesetzesentwurf) sowie:

II Die nachstehenden Bundesgesetze werden wie folgt geändert:

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

#### *Art. 20 Abs. 2*

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

Der heutige Absatz 2 wird neu zum Absatz 3.

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

#### *Art. 8 Abs. 1*

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

- a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder
- b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.

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

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

# HAFTUNG

## Retouchen oder Reformen?

Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich Haftung  
und Versicherung auf dem Prüfstand

**Sonderdruck**

2004

Schulthess 