
**Die Behandlung missbräuchlicher AGB-Klauseln
in der Schweiz und in der EU**

Referat anlässlich des Blockseminars im Konsumentenrecht
vom 5./6. Juni 1998 an der Universität Bern.

Simone Burri
Marcel Kuchler

Inhaltsverzeichnis

INHALTSVERZEICHNIS	2
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	3
VORBEMERKUNG	4
EINLEITUNG	4
AGB-KONTROLLE IN DER SCHWEIZ UND IN DER EU	5
1 DIE RECHTLICHE SITUATION DES AGB-PROBLEMS IN DER SCHWEIZ.....	5
2 DIE EU-RICHTLINIE.....	10
AGB-KONTROLLE AN KONKRETEN BEISPIELEN	18
1 BEISPIEL SUNRISE I.....	18
2 BEISPIEL SUNRISE II.....	20
3 BEISPIEL LEASING.....	22
MÖGLICHE LÖSUNGSANSÄTZE FÜR EINE WIRKSAME KONTROLLE VON AGB IN DER SCHWEIZ	24
1 PRÜFUNG DER AGB DURCH DIE KONSUMENTEN SELBST.....	24
2 OFFENE INHALTSKONTROLLE DURCH DIE GERICHTE.....	25
3 TÄTIGWERDEN DES GESETZGEBERS.....	29
LITERATURVERZEICHNIS	32

Abkürzungsverzeichnis

<i>ABIEG</i>	<i>Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft</i>
<i>AcP</i>	<i>Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen 1829 ff.)</i>
<i>AGB</i>	<i>Allgemeine Geschäftsbedingungen</i>
<i>AGBG</i>	<i>Deutsches Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) vom 9. Dezember 1976</i>
<i>AJP/PJA</i>	<i>Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle</i>
<i>BB</i>	<i>Betriebs-Berater: Zeitschrift für Recht und Wirtschaft (deutsche Zeitschrift)</i>
<i>BBl</i>	<i>Bundesblatt</i>
<i>BG</i>	<i>Bundesgesetz</i>
<i>BGE</i>	<i>Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung</i>
<i>BK</i>	<i>Berner Kommentar</i>
<i>EG</i>	<i>Europäische Gemeinschaft</i>
<i>EU</i>	<i>Europäische Union</i>
<i>EWG</i>	<i>Europäische Wirtschaftsgemeinschaft</i>
<i>FS</i>	<i>Festschrift</i>
<i>N</i>	<i>Randnote</i>
<i>OR</i>	<i>Obligationenrecht: Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, SR 220</i>
<i>recht</i>	<i>recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern 1983 ff.)</i>
<i>RL</i>	<i>Richtlinie</i>
<i>Semjud</i>	<i>La Semaine Judiciaire (Genève 1879 ff.)</i>
<i>SR</i>	<i>Systematische Sammlung des Bundesrechts</i>
<i>UWG</i>	<i>BG gegen den unlauteren Wettbewerb, vom 19. Dezember 1986, SR 241</i>
<i>ZBJV</i>	<i>Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern 1865 ff.)</i>
<i>ZGB</i>	<i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907, SR 210</i>
<i>ZSR</i>	<i>Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel 1852 ff., neue Folge 1882 ff.)</i>

Vorbemerkung

Bevor wir miteinander in Beziehung treten, möchten wir sie bitten, unsere Allgemeinen Vortragsbedingungen zur Kenntnis zu nehmen. Auf Vorbehalte können wir leider nicht eingehen. Wer nicht einverstanden ist, wird nichts anderes übrig bleiben, als auf den Vortrag zu verzichten.

Allgemeine Vortragsbedingungen

Pflichten der Zuhörerschaft

Die Zuhörerschaft haftet für absolute und ungeteilte Aufmerksamkeit. Unaufmerksamkeit und sonstige Vertragsverletzungen können Schadenersatz- oder Genugtuungsforderungen auslösen.

Pflichten der Vortragenden

Ein Anspruch der Zuhörerschaft auf den Vortrag besteht nicht.

Haftung

Eine Haftung der Vortragenden für Vollständigkeit oder Schäden irgendwelcher Art besteht nicht.

Einleitung

Wir möchten hier einige Aspekte der Thematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Erinnerung rufen und gewisse Bereiche des Problems vertiefen. Insbesondere interessiert uns die Kontrolle und die Schutzmöglichkeiten vor missbräuchlichen AGB-Inhalten in der Schweiz im Vergleich zur EU.

Dieses Referat bietet natürlich nicht die Möglichkeit, umfassend über ein solch weitreichendes Thema zu informieren. Zu diesem Zweck verweisen wir auf die umfangreiche Literatur.

AGB-Kontrolle in der Schweiz und in der EU

1 Die rechtliche Situation des AGB-Problems in der Schweiz

1.1 Einleitung

1.1.1 Allgemeine Geschäftsbedingungen in ihrer Entstehung

Das Institut des Vertrages hat sich gewandelt, vom individuellen Vertrag hin zum standardisierten Massenvertrag.¹ In dieser Entwicklung haben Allgemeine Geschäftsbedingungen eine immer grössere Bedeutung erhalten: AGB sind ein relativ junges Phänomen, das mit zunehmender Standardisierung und Rationalisierung von Verträgen in der Industriegesellschaft aufkam. Entsprechend neu ist deren Auftauchen in Gesetz und Rechtsprechung.

In der Schweiz fehlt bis heute ein AGB-Gesetz. Rechtsanwender müssen sich auf allgemeine Grundsätze des Privatrechts und auf den Art. 8 des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb² stützen. Auch diese Norm trat erst 1988 in Kraft: Nicht länger als seit zehn Jahren also finden sich in unserem Gesetz Normen zum Problem der AGB.

1.1.2 Probleme im Bereich von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Besondere Schwierigkeiten bereiten die AGB in Konsumentenverträgen, wo, im Gegensatz zu den Unternehmer-AGB, meist eine geschäftsunerfahrene einer geschäftserfahrenen Partei gegenübersteht. Das Problem hierbei ist, dass die Verträge zwischen den Parteien nun nicht mehr einzeln ausgehandelt, sondern einseitig vorformuliert werden. Durch ihre generell und abstrakt formulierten Klauseln gleichen AGB gar Gesetzesvorschriften, vor allem auch durch ihre faktische, unveränderliche Wirkung.³ ⁴ Verwenden ganze Branchen die gleichen, vorher abgesprochenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, so hat ein Konsument häufig keine andere Wahl, als diese Bedingungen zu übernehmen oder auf den Vertragsschluss zu verzichten.⁵

Da meistens nicht nur die Präsentation solcher Klauseln, sondern auch das Resultat einseitig ist, fragt es sich, ob die Richtigkeitsgewähr⁶, die dem traditionellen Vertrags-

¹ REHBINDER MANFRED, *AGB und die Kontrolle ihres Inhalts*, 1972, S. 9 f.

² BG vom 19.12.1986 über den unlauteren Wettbewerb (UWG), SR 241.

³ Daher kann man in einem rechtssoziologischen Sinn von AGB durchaus als Normen sprechen. BK-KRAMER, N 183 zu Art. 1 OR.

⁴ BK-KRAMER, N 183 zu Art. 1 OR, dort zit: „Die AGB wirken zweifellos faktisch oft wie eine ‚législation sans législateur‘ (so treffend STAUDER, *Semjud* 1978 19), wie eine unternehmerische Privatgesetzgebung“.

⁵ HUGUENIN, *AGB*, S. 85.

⁶ Im Sinne von SCHMIDT-RIMPLER, *AcP* 147 [1941] 130 ff. Zit. nach BK-KRAMER, N 178 zu Art. 1 OR.

schluss attestiert wird, erhalten bleibt. Die Verlockung, bei dieser einseitigen Anordnung die Verteilung von Rechten und Pflichten ausschliesslich zu seinen eigenen Gunsten auszugestalten, ist gross.

Das Problem ist besonders bei sogenannten Innominatverträgen (z.B. Leasingverträgen) gross, für deren Ausgestaltung keine allgemein gültigen, gesetzlichen Normen oder Massstäbe bestehen.

Aufgabe der Rechtsordnung ist nun, dieses Ungleichgewicht der Vertragspartner soweit als möglich auszugleichen und eine systematische Benachteiligung der schwächeren Partei zu verhindern.

1.2 Rechtslage in der Schweiz

1.2.1 Inhaltskontrolle

In der Schweiz besteht der derzeitige Schutz vor missbräuchlichen Klauseln aus einer Vielzahl unterschiedlicher Normen und in der Praxis entwickelten Regeln, die zu einem Flickwerk zusammengefügt werden, und so die Zweifel und die Unsicherheit in der Rechtsanwendung verschärfen, da ein verlässlicher Wertungsmassstab fehlt.⁷

1.2.2 Überblick

A) Zwingendes Gesetzesrecht

Es gilt natürlich auch im Falle von AGB, die zwingenden Vorschriften des geltenden Rechts an erster Stelle zu beachten. Durch die Generalklauseln von Art. 19, 20 OR und Art. 27 ZGB können Allgemeine Geschäftsbedingungen offen auf Widerrechtlichkeit, Sittenwidrigkeit und ihre Vereinbarkeit mit der öffentlichen Ordnung überprüft werden. Das führt in extremen Fällen stossenden Inhalts zur Annahme der Nichtigkeit der fraglichen Klausel. Diese wird – soweit der Vertrag nicht als Ganzes dahin fällt – durch dispositives Recht ersetzt, oder der Richter bestimmt eine neue Klausel analog dem Prinzip der Lückenfüllung von Art. 1 II ZGB.

B) Unklarheiten- und Ungewöhnlichkeitsregel

Daneben hat das Bundesgericht aus dem Vertrauensprinzip die Unklarheitenregel und die Ungewöhnlichkeitsregel entwickelt.

Die Unklarheitenregel besagt, dass Unklarheiten zu Lasten des Verwenders von AGB gehen (ambiguitas contra stipulatorem). Ausserdem ist der Anwendungsbereich allgemein gefasster Regeln (Floskeln) möglichst eng zu fassen.⁸ Das Problem hierbei ist, dass eben gerade diejenigen Klauseln, welche den Konsumenten benachteiligen, meist

⁷ GONZENBACH RAINER, *Konsumenten-AGB und kein Ende – oder doch?*, recht 1993, S. 28 ff.

⁸ BGE 91 II 348.

klar und unzweideutig verfasst sind. Deshalb führt die Unklarheitenregel häufig nicht zum erwünschten Ergebnis, weil eine Unklarheit nicht nachgewiesen werden kann.

Die Ungewöhnlichkeitsregel statuiert, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht bindend sind, wenn sie Regelungen aufweisen, mit denen der Betroffene nach den Umständen nicht rechnen musste. Der Verwender der AGB darf diesfalls nach dem Vertrauensprinzip diese Klauseln nicht als Vertragsinhalt betrachten. Zu berücksichtigen bei der Ungewöhnlichkeitsregel sind auch die ökonomische Schwäche oder die mögliche Geschäftsunerfahrenheit des Unterzeichners.⁹

Dieses Prinzip hat aber folgende Einschränkung: Die Klauseln gelten nicht, es sei denn, auf diese werde in gehöriger Form hingewiesen. Werden nun die ungewöhnlichen Klauseln entsprechend hervorgehoben, oder wird auf sie explizit hingewiesen, können sie Vertragsinhalt werden, obwohl sie an sich einer Missbräuchlichkeitsprüfung nicht standhalten würden. Der angestrebte Effekt, dass solche Klauseln möglichst nicht wirksam werden sollen, kann vom Verwender also regelmässig ohne Weiteres umgangen werden, indem er diese Einbeziehungsvoraussetzungen beachtet.¹⁰ Eine solche Umgehung wird umso wahrscheinlicher, je klarer die diesbezüglichen Erfordernisse der Rechtsprechung bzw. des Gesetzes formuliert sind.

Um dies zu vermeiden, bedürfte es daher einer offenen Inhaltskontrolle, womöglich über konkrete und zwingende gesetzliche Schutzbestimmungen.¹¹

C) Art. 8 UWG

Art. 8 des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb bezeichnet solche vorformulierte Klauseln als unlauter, 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.

D) Fazit

In der Schweiz beschränkt sich die AGB-Kontrolle auf eine verdeckte Inhaltskontrolle, weil unser System die materielle Inhaltskontrolle von AGB im Gegensatz zum Ausland nicht kennt. Deshalb muss die Rechtsprechung die AGB-Kontrolle mit Hilfe der Geltungs- und Auslegungsregeln vornehmen. Das Bundesgericht ist offenbar der Meinung, dass eine gesetzliche Grundlage für eine materielle Inhaltskontrolle fehle.

Der Art. 8 UWG hat bisher, aus Gründen, die sogleich dargelegt werden, kaum Anwendung gefunden, auch wenn er eigentlich als Antwort auf diejenigen Stimmen eingeführt wurde, die einen besseren Schutz vor unbilligen AGB forderten.

⁹ Vgl. z.B. BGE 109 II 452 („Hühnerstall“).

¹⁰ BK-KRAMER, N 208 zu Art. 1 OR, dort zit: HAUSHEER HEINZ, ZSR 95 II 1976 286; KRAMER ERNST A., ZSR 98 1979 66.

¹¹ BK-KRAMER, N 208 zu Art. 1 OR.

Das Schutzdefizit vor unbilligen Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bleibt also weiterhin bestehen.

1.3 Artikel 8 UWG im Besonderen

Zu diesem Artikel 8 UWG stelle ich im Folgenden einige Überlegungen vor, da er zum einen sehr viele Diskussionen ausgelöst hat und zum anderen als Grundstein einer AGB-Kontrolle in der Schweiz angesehen werden kann.

Die Regelung der AGB-Problematik wurde in der Schweiz nicht etwa ins Obligationenrecht eingegliedert oder gar in einem eigenen AGB-Gesetz verankert, wie dies in Nachbarländern (z.B. in Deutschland) geschah, sondern bei der Revision in das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb einbezogen. Dies vor allem aufgrund der Überlegung, dass Übertreibung und Verschleierungsabsicht¹² traditionell in den Bereich des Lauterkeitsrechts gehören.¹³

Art. 8 UWG ist nach ausländischem Vorbild als Generalklausel ausgestaltet.¹⁴

1.3.1 Inhalt

In Art. 8 des UWG hat der Gesetzgeber umschrieben, welche AGB-Bestimmungen er für unzulässig hält: AGB sind als unlauter anzusehen, wenn sie 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.

Das bedeutet, dass der Inhalt von AGB-Klauseln nicht nur am zwingenden, sondern auch am dispositiven Recht und den von Lehre und Rechtsprechung entwickelten ungeschriebenen Grundsätzen zu messen ist.

Der Tatbestand von Art. 8 UWG ist erfüllt, wenn die Abweichung von der gesetzlichen Ordnung oder der Vertragsnatur das Gleichgewicht des Vertrages spürbar zu gefährden vermag. Die Voraussetzung, dass AGB geeignet sind, einen Irrtum entstehen zu lassen, muss sowohl im Fall von lit. a als auch im Fall von lit. b erfüllt sein. Art. 8 UWG ist daher nicht anwendbar, wenn zwar der Tatbestand von lit. a oder von lit. b gegeben ist, aber keine Irreführung vorliegt.¹⁵

¹² Botschaft des Bundesrates, BBl 1983 II 1053.

¹³ BK-KRAMER, N 281 zu Art. 1 OR.

¹⁴ Vgl. die Generalklauseln in §9 AGBG (Gesetz vom 9. Dezember 1976 zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), bzw. Art. 3 der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Konsumentenverträgen (Richtlinie 93/13/EWG).

¹⁵ Botschaft des Bundesrates, BBl 1983 II 1073.

1.3.2 Kritik am Artikel 8 UWG¹⁶

Positiv zu beurteilen an dieser Norm ist der ausdrückliche Einbezug des dispositiven Rechts in die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen und damit des Gedankens einer verschärften AGB-Inhaltskontrolle.

Es wird nun lediglich eine erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Ordnung verlangt und nicht eine krasse Einseitigkeit, wie sie noch Giger, gestützt auf das Rechtsmissbrauchsverbot, gefordert hat.¹⁷

Dem stehen aber gravierende Mängel gegenüber:

Es ist nämlich zu bedauern, dass sich diese Norm auf eine Generalklausel beschränkt und, im Unterschied zum deutschen AGB-Gesetz oder zur EU-Richtlinie, keine schwarze Liste konkreter missbräuchlicher Klauseln enthält. Auch wenn das dispositive Recht, auf das Art. 8 lit. a UWG verweist, eine gewisse Orientierung gibt, bleibt der Spielraum immer noch ausserordentlich gross, und es liegt am Richter, die oft schwierige Konkretisierung vorzunehmen.

Ebenso besteht für die Konsumenten beträchtliche Orientierungsunsicherheit: sie wissen im Einzelfall nicht, ob sie das Prozessrisiko eingehen sollen, weil sie sich auf keine konkreten Tatbestände stützen können.

Unangenehm ist die Situation aber auch für die Verwender von AGB, denen konkrete Massstäbe für die Redaktion ihrer Bedingungen fehlen.

Ein weiterer Kritikpunkt ist die mangelnde Differenzierung des persönlichen Anwendungsbereiches von Art. 8 UWG: Er unterscheidet nicht zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern. Es ist zu bezweifeln, dass ein kaufmännischer, unternehmerisch tätiger Vertragspartner den gleichen Schutz benötigt wie ein wahrscheinlich geschäftlich unerfahrener Konsument. Auch hier kann zwar ein Schutzbedarf bestehen – man denke nur an den „Hühnerstall-Entscheid“¹⁸ – aber es fehlt doch eine traditionelle Privilegierung der Konsumenten.

Der schwerwiegendste Mangel des Art. 8 UWG jedoch ist das Erfordernis der Irreführung¹⁹, wonach die Verwendung von AGB nur dann unlauter ist, wenn die AGB in irreführender Weise zum Nachteil des Vertragspartners von der gesetzlichen Ordnung oder der Vertragsnatur abweichen. Mit der Einbeziehung des Irreführungsmerkmals wird das Konzept der AGB-Inhaltskontrolle verwässert und mit traditionellen Kriterien

¹⁶ Nach BK-KRAMER, N 281 ff. zu Art. 19–20 OR.

¹⁷ GIGER HANS, *Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Zürich 1983, S. 105 f.

¹⁸ BGE 109 II 452 („Hühnerstall“).

¹⁹ Die Botschaft des Bundesrates vom 18. Mai 1983 (BBl 1983 II 1009) zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb schlug die Norm noch ohne das Irreführungselement vor. Erst in der parlamentarischen Beratung wurde es eingefügt.

der Geltungskontrolle vermengt²⁰, sodass letztlich kaum ein Unterschied besteht zur Frage der Ungewöhnlichkeit.

Es ist im Übrigen auch umstritten²¹, welche Rechtsfolgen Art. 8 UWG zeitigt.

1.3.3 Fazit

Art. 8 UWG bietet zwar einen theoretisch befriedigenden Lösungsansatz, dennoch kommt dieser Artikel wegen des Zusatzerfordernisses der Irreführung praktisch nicht zum Tragen, da dessen Verwendbarkeit bewusst auf den unlauteren Wettbewerb eingeschränkt wurde.

Durch den parlamentarischen Todesstoss dient Art. 8 UWG somit allein der wettbewerbsrechtlichen Lauterkeit und stellt keine vertragsrechtlichen Inhaltsschranken auf²². Er erhält damit nicht die gewünschte Bedeutung, und es bleibt auch zweifelhaft, ob ihm eine Signalwirkung zukommt, da die praktisch äusserst wichtigen und schwierigen Rechtsanwendungsfragen unbeantwortet bleiben.²³

Immerhin hat der Gesetzgeber mit dieser Norm zum Ausdruck gebracht, dass er sich mit der AGB-Kontrolle beschäftigt hat, obwohl das Ergebnis als Fehlschlag bezeichnet werden darf.²⁴

Während sich also in der Schweiz Lehre und Praxis auf allgemeine Grundsätze stützen müssen, gibt es im Ausland vielfach Spezialgesetze zur Thematik der AGB. Von Bedeutung ist vor allem das deutsche „Gesetz zur Regelung des Rechts der AGB (ABGB)“; noch wichtiger ist die Richtlinie der EU über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, die vom EU-Ministerrat am 5.4.93 erlassen wurde und bis zum 31.12.94 in das nationale Recht der EU-Staaten umgesetzt werden musste.

2 Die EU-Richtlinie

2.1 Entstehungsgeschichte

Die Entstehungsgeschichte der Richtlinie ist lang und wenig gradlinig. Die Forderung, die Schutzvorschriften über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen innerhalb der EU anzugleichen und zu verbessern, tauchte schon im „Ersten Programm der EG zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher“ vom 14.4.1975 auf.²⁵ 1987 legte die EG-Kommission den Vorentwurf einer Richtlinie vor, welcher als

²⁰ BK-KRAMER, N 283–287 zu Art. 19–20 OR.

²¹ Siehe etwa PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb UWG, 1992, 195 f.; LINDER DANIEL, Das UWG als Ansatz des Konsumentenschutzes ..., Diss. Zürich 1994, S. 155-157; BK-KRAMER, N 288 zu Art. 19–20; GAUCH/SCHLUEP, N 1156.

²² BAUDENBACHER, UWG, S. 78 f.

²³ WIEGAND WOLFGANG, Überprüfung von AGB, in: ZBJV 1995, S. 348 ff.

²⁴ BAUDENBACHER, UWG, S. 82.

²⁵ ABIEG C 92 vom 25.4.1995 S. 1.

Grundlage für den Richtlinienvorschlag von 1990 diente. Aus diesem wurde die endgültige, am 5.4.1993 verabschiedete Fassung entwickelt.²⁶

Mit dem Art. 100a des EU-Vertrages²⁷ verpflichtete sich der Europäische Gesetzgeber, für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu sorgen. Dazu gehören auch Bestimmungen über den Verbraucherschutz. So entstand u.a. das Vorhaben, eine Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen zu schaffen, welche verhindern sollte, dass innerhalb der EU gleiche oder ähnliche Waren zu unterschiedlichen Bedingungen verkauft würden.²⁸ Zu einem wirtschaftlichen Binnenmarkt gehört eben auch eine rechtliche Übereinstimmung. Ausserdem wird ein Verbraucher, der sich in der Regel in den Bestimmungen eines anderen Landes nur mit Schwierigkeiten zurechtfindet, zögern, grenzüberschreitend Konsumgüter zu kaufen. Deshalb wurde eine Richtlinie ausgearbeitet, die zwar nicht völlige Rechtsvereinheitlichung anstrebt, aber doch einen Massstab zur Missbräuchlichkeit von AGB-Klauseln bieten soll.

Dieser Schutz gilt nicht nur für den internationalen Handel, sondern auch für den inländischen Markt. Denn die Erwägung 4 der Richtlinie²⁹ sieht vor, dass die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen haben, dass mit Verbrauchern geschlossene Verträge keine missbräuchlichen Klauseln enthalten. Dieses Gebot ist allgemein und beschränkt sich nicht nur auf die europäische Ebene.

2.2 Inhalt der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen

2.2.1 Gegenstand der Richtlinie

Die Richtlinie ist ausschliesslich ein Instrument des Verbraucherschutzes. Sie will den Verbraucher in seiner rollenspezifischen Unterlegenheit vor Machtmissbrauch durch den Gewerbetreibenden schützen³⁰. Ausserdem sollen unbillige Klauseln generell verboten werden.

Die Richtlinie schreibt nur einen Minimalstandard vor. Das bedeutet, dass die Mitgliedstaaten den Schutz der Richtlinie nicht durch zusätzliche Erfordernisse unter-

²⁶ ABIEG L 95 S. 29.

²⁷ ABIEG C 224 vom 7.2.1992 S. 45.

²⁸ Vgl. NEUMAYER, *Einschränkungen in der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen und Verbot missbräuchlicher Vertragsklauseln*, in: *Wege zum japanischen Recht*, FS Zentaro Kitagawa, Marburg 1992, S. 507: „Es geht (...) nicht länger an, dass die in einem Lande zulässigen Klauseln von den Gerichten des anderen Landes nicht durchsetzbar sind, dass es notwendig ist, je nach Wohnsitz bzw. Niederlassung des Vertragspartners verschiedene Standardvertragsformulare zu verwenden, was sich wiederum in Wettbewerbsverzerrungen innerhalb des gemeinsamen Marktes auswirken muss.“

²⁹ *Erwägungen des Europäischen Rates zum Erlass der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*. Abgedruckt jeweils als Einleitung zur Richtlinie.

³⁰ Erwägung 9 (Fn. 29).

schreiten, aber nach Art. 8 der Richtlinie³¹ strengere Vorschriften für weitergehenden Schutz erlassen (z.B. den Schutz auch auf Kaufleute ausdehnen) oder beibehalten dürfen. Die Methode der Umsetzung wird den Mitgliedstaaten ebenfalls nicht vorgeschrieben, obwohl dabei natürlich das Gemeinschaftsrecht berücksichtigt werden muss.

Dies führt dazu, dass der Konsumentenschutz in Europa zwar nicht überall das gleiche Niveau hat, dass aber durch die Richtlinie ein Mindestmass garantiert wird, auf das sich die Konsumenten innerhalb der ganzen EU verlassen dürfen.

Das Resultat der Richtlinie ist also eine Teilharmonisierung, denn der EU-Gesetzgeber will und darf die Autonomie der verschiedenen Rechtskreise nicht zu weit einschränken.

2.2.2 Persönlicher Anwendungsbereich

Der Inhaltskontrolle unterliegen nach Art. 1 II der Richtlinie nicht im Einzelnen ausgehandelte missbräuchliche Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern:

Verbraucher sind nach Art. 2 lit. d RL natürliche Personen, die bei Vertragsschluss zu einem Zweck handeln, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden kann. Dies ist die negative Umschreibung ihrer ökonomisch schwächeren Stellung, aus der sich das typische Schutzbedürfnis ergibt.

Gewerbetreibender ist nach der Definition von Art. 2 lit. c RL eine natürliche oder juristische Person, die beim Vertragsschluss im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt.

Verträge, die Verbraucher untereinander schliessen, unterstehen dagegen nicht der Richtlinie. Genauso wenig, wie Verträge zwischen gewerblich tätigen Abnehmern und Anbietern, solange der Vertrag gewerblichen oder beruflichen Zwecken dient. Umgekehrt kann auch ein Anbieter Konsument sein, wenn er nicht gewerblich, sondern als Privatperson handelt.

Der persönliche Anwendungsbereich ist damit enger als jener von Art. 8 UWG.³²

2.2.3 Inhalt

Nach Art. 3 I RL ist eine Klausel missbräuchlich, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.

Diese Generalklausel ist das zentrale Element der Richtlinie. Sie enthält die materiellen Kontrollkriterien für die nicht im Einzelnen ausgehandelten Vertragsklauseln. Durch die Form der Generalklausel und die weit umschriebenen Kontrollmassstäbe

³¹ Sog. Mindeststandardklausel.

³² SCHMID, EG-Richtlinienvorschlag, S. 249, Anm. 34, m.w.H.

bewahrt die Norm ihre Anwendungselastizität und ermöglicht den Mitgliedstaaten der EU einen gewissen Spielraum in der Auslegung.

Die Generalklausel wird im Anhang durch eine exemplarische Liste von Klauseln ergänzt, die in den Mitgliedstaaten für missbräuchlich erklärt werden können (Art. 3 III RL). Ausserdem beinhaltet die Liste ein Fairnessgebot. Diese Beispiele umschreiben den Missbrauchsbegriff zahlreich und klar, wodurch die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gesteigert wird.

Die Liste beinhaltet vier Kategorien von missbräuchlichen Klauseln³³:

- 1. Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln;*
- 2. Klauseln, die dem Anbieter einseitige Entscheidungsbefugnisse übertragen (zur Änderung und zur Beendigung des Vertrags);*
- 3. Klauseln, welche die Pflichtenstellung des Verbrauchers verschärfen ohne dem Anbieter entsprechende Pflichten aufzuerlegen, und Klauseln, die Rechte allein zugunsten des Anbieters vorsehen;*
- 4. Klauseln, die – im weiteren Sinne – dem Verbraucher den Zugang zum Recht erschweren (Gerichtstandsklauseln, Klauseln über die Beweislastverteilung).*

Der Massstab, an dem die Klauseln gemessen werden, ist die jeweils geltende Rechtsordnung inklusive ihrer dispositiven Bestimmungen.³⁴ Das Missverhältnis wird also in erster Linie objektiv betrachtet.

Das Element von Treu und Glauben der Generalklausel bedingt aber auch die Beurteilung der Umstände des konkreten Falles: So können z.B. das intellektuelle und wirtschaftliche Kräfteverhältnis zwischen den Vertragsparteien (psychologisches Übergewicht), die Art der Einwirkung auf den Verbraucher, die Umstände des Vertragsschlusses (fehlende Verhandlungszeit, andere Alternativen, Überrumpelung des Verbrauchers, Vertragsschluss auf Initiative des Verbrauchers etc.) und andere Begleiterscheinungen in die Kontrolle einbezogen werden. Diese Umstandsprüfung kann sich in beide Richtungen auswirken: sie kann die gegen eine Klausel bestehenden Bedenken in der Weise verstärken, dass die Klausel als missbräuchlich anzusehen ist, oder sie kann Bedenken soweit abschwächen, dass die Klausel der Inhaltskontrolle standhält.

Insgesamt gilt als Grundregel, dass der Gewerbetreibende den berechtigten Interessen des Verbrauchers Rechnung zu tragen und sich „loyal und billig“ zu verhalten hat.³⁵

Der offene Rechtsbegriff von Treu und Glauben birgt natürlich die Gefahr, dass er in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgelegt werden kann. Deshalb liegt es letztlich beim Europäischen Gerichtshof, die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung durchzusetzen.

³³ STAUDER, ABG-Richtlinie, S.32, dort zit: WILLET, 119 f.

³⁴ Erwägung 13 (Fn. 29).

³⁵ JETZER/ZINDEL, S. 434.

Nach Art. 4 I RL sollen bei der Prüfung einer Klausel alle anderen Klauseln desselben Vertrages oder eines anderen Vertrages, von dem die Klausel abhängt, mit berücksichtigt werden. Es ist aber nicht so, dass im Rahmen der Inhaltskontrolle jeweils eine Gesamtbilanz gemacht werden müsste, in dem Sinne, dass Nachteile einer Klausel durch Vorteile anderer Klauseln kompensiert würden. Dieser Ausgleich findet nur dort statt, wo es sich um sachlich zusammengehörende Regelungen handelt, die zueinander in Wechselbeziehung stehen.

Doch verallgemeinern lässt sich diese Möglichkeit nicht. Es gibt auch den umgekehrten Fall, in dem verschiedene Klauseln, die an sich noch hinzunehmen wären, durch andere Regelungen derart verstärkt werden, dass sie der Inhaltskontrolle nicht standhalten.

Das Resultat soll nicht ein Kompromiss sein, sondern ein „richtiges“ Gleichgewicht.

2.2.4 Geltungsbereich

Wie zu Beginn erwähnt, gilt die Richtlinie für alle nicht im Einzelnen ausgehandelten Klauseln in Verbraucherverträgen (Art. 2 lit. a RL i.V.m. Art. 3 RL). Nicht der richterlichen Kontrolle unterliegen Individualverträge und einzeln ausgehandelte Klauseln, weil der Konsument da die Möglichkeit hatte, den Vertrag mit zu gestalten und der Gesetzgeber hier nicht in die Vertragsautonomie eingreifen will.

Immerhin ist die Richtlinie nach Art. 3 II RL auch dann auf vorformulierte Verträge anzuwenden, wenn einzelne Klauseln oder bestimmte Vertragsteile einzeln ausgehandelt worden sind. Ein Vertrag muss allein in einer Gesamtbetrachtung als vorformuliert erscheinen, damit die Richtlinie angewendet werden kann.³⁶ Die Beweislast dafür, dass eine Klausel einzeln ausgehandelt worden ist, trägt nach Art. 3 II Satz 3 RL der Gewerbetreibende.

Es spielt auch keine Rolle, ob die Klauseln in Massenverträgen enthalten oder nur für diesen Einzelfall formuliert worden sind. Ebensowenig ist von Bedeutung, aus wessen Feder diese Klauseln stammen, ob vom Verwender oder einem Dritten.³⁷

Die Richtlinie gilt für sämtliche Vertragstypen, sowohl für Nominat- wie auch für Innominatverträge. Die Nennung von Kauf- und Dienstleistungsverträgen in Erwägung 2³⁸ dient nur der Verdeutlichung des hauptsächlichen Anwendungsbereichs.³⁹

2.2.5 Ausnahmen

Die Richtlinie enthält nur Vorschriften über die Auslegung von Vertragsklauseln und nicht, wie noch die beiden Vorschläge, auch Regeln über das Verhältnis von Preis und

³⁶ JETZER/ZINDEL, S. 433.

³⁷ HEINRICHS, EG-Richtlinie, S. 1818.

³⁸ Fn. 29.

³⁹ BRANDENER/ULMER, S. 703.

Leistung, über die Leistungsbeschreibung und über das Entgelt (Art. 4 II RL)⁴⁰. Diese sind nicht Gegenstand richterlicher Kontrolle, sondern unterliegen den Marktmechanismen. Durch das Klarheitsgebots⁴¹ und die Prüfung der konkreten Umstände können jedoch auch sie in die Erwägung einbezogen werden (Art. 5 RL). Sind nämlich Leistung und Gegenleistung nicht genau umschrieben, kann sich der Verbraucher auf Art. 5 RL berufen und das Äquivalenzverhältnis dennoch überprüfen lassen.⁴² Das Klarheitsgebot soll eine Verschleierung von Tatsachen verhindern und so die Markttransparenz fördern.⁴³ Die Richtlinie statuiert in Art. 5 Satz 2 RL einen uns bestens bekannten Grundsatz, nämlich die Auslegung contra stipulatorem, die Unklarheitenregel. Bei mehrdeutigen Klauseln soll der Richter die für den Verbraucher günstigste Auslegung anwenden.

2.2.6 Rechtsfolgen

Als Grundregel gilt, dass missbräuchliche Vertragsklauseln für den Verbraucher unverbindlich sind, wobei der übrige Teil des Vertrages für beide Parteien bindend bleibt, sofern er ohne die missbräuchlichen Klauseln weiterbestehen kann.⁴⁴ Dies ist der Grundsatz der Teilnichtigkeit (Art. 6 I RL), wie er auch im schweizerischen Recht vorkommt (Art. 20 II OR).⁴⁵

Die Mitgliedstaaten sind für die geeigneten Mittel zur Durchsetzung der Richtlinie verantwortlich (Art. 6 II RL), ebenso für die Geltungskontrolle, die nicht Gegenstand der Richtlinie ist. Der Vertragsschluss als solcher gehört zum Kernbereich des allgemeinen Vertragsrecht, in welches der Europäische Gesetzgeber nicht eingreifen will.

2.2.7 Abstrakte Inhaltskontrolle

Es ist zu unterscheiden zwischen der konkreten Inhaltskontrolle im Individualverfahren zwischen AGB-Verwender und Verbraucher (Art. 6 I RL) und der abstrakten Inhaltskontrolle, die von einem solchen Verfahren unabhängig ist (Art. 7 II und III RL).

Die Möglichkeit der abstrakten Inhaltskontrolle resultiert aus der Einsicht, dass die Rechtswirkung des Individualverfahrens auf die Streitparteien beschränkt bleibt, und bezweckt vor allem präventive Wirkung (Art. 7 II RL). Sie soll missbräuchliche AGB generell bekämpfen.

Die massenhafte Verwendung vorformulierter missbräuchlicher Klauseln soll verhindert werden⁴⁶, ohne dass der Verbraucher im konkreten Fall Klage erheben muss.

⁴⁰ Vgl. auch Erwägung 19 (Fn. 29).

⁴¹ Auch Transparenzgebot genannt.

⁴² Abgeleitet aus Art. 4 II RL.

⁴³ SCHMID, EG-Richtlinienvorschlag, S. 254.

⁴⁴ Dabei wird nicht darauf geachtet, ob der Vertrag für den Anbieter weiterhin von Interesse ist oder ob ihm finanzielle Lasten auferlegt werden.

⁴⁵ Vgl. z.B. GAUCH PETER, „Modifizierte“ Teilnichtigkeit – Anmerkungen zu BGE 107 II 216, in: recht 1983, S. 95 ff.

⁴⁶ STAUDER, AGB-Richtlinie, S. 22.

Dies wird dadurch ermöglicht, dass Verbraucher- und Konsumentenschutzorganisationen gegen Klauseln, die im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefasst wurden, die Berechtigung erhalten, Klage zu führen.

An die abstrakte Kontrolle werden differenzierte Anforderungen gestellt, da die Prüfung konkreter Umstände zwangsläufig ausgeschlossen ist. Anstelle eines individuellen Konsumenten stellt man auf einen durchschnittlichen, loyal handelnden Verbraucher ab, ohne spezielle juristische Kenntnisse oder Geschäftserfahrung im jeweiligen Geschäftsbereich.⁴⁷ Bei unklar formulierten Klauseln gilt auch hier der Grundsatz der Auslegung zu Lasten des AGB-Verwenders.

2.3 Fazit

Wie dargestellt, wird in der Europäischen Union der Schutz der Konsumenten vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen mittels konkreter Normen und Hinweise verwirklicht: Dadurch kann der Schutz der Konsumenten effizienter durchgesetzt werden, denn die Richtlinie bietet eine gute Grundlage zur Bekämpfung unbilliger AGB. Besonders die Erwägungen im Vorspann und die exemplarische Liste von Klauseln sind der Rechtsicherheit förderlicher als eine nackte Generalklausel, wie wir sie in der Schweiz mit Art. 8 UWG kennen.

2.4 Auswirkungen auf das Schweizer Recht

Auch wenn die Schweiz weder der EU noch dem EWR beigetreten ist, hat das europäische Konsumentenrecht Auswirkungen auf das Schweizer Recht, insbesondere über das IPRG⁴⁸ und das UWG.

2.4.1 Art. 120 IPRG

Das IPRG regelt das Kollisionsrecht und legt fest, welches Recht zur Anwendung kommt, wenn sich Anbieter und Konsument in verschiedenen Staaten befinden: Nach Art. 120 IPRG wird bei Verträgen mit Konsumenten das Recht desjenigen Staates angewendet, in dem der Konsument (zur Zeit des Vertragsabschlusses) seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Daraus folgt, dass Schweizer Vertragspartner ausländischer Konsumenten die Richtlinie und somit strengere Konsumentenschutzbestimmungen beachten müssen.⁴⁹

2.4.2 Art. 8 UWG

Wie gezeigt, hat Art. 8 UWG einen grösseren persönlichen Anwendungsbereich als die Richtlinie, da er sämtliche Vertragsverhältnisse umfasst, also auch jene der Gewerbetreibenden untereinander. Die Richtlinie, inklusive der schwarzen Liste, könnte hilfreich sein, die unbestimmten Rechtsbegriffe des Art. 8 UWG zu verdeutlichen und die

⁴⁷ STAUDER, AGB-Richtlinie, S. 40.

⁴⁸ BG vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht, SR 291.

⁴⁹ JETZER/ZINDEL, 432 ff.

„gravierende Orientierungsunsicherheit“⁵⁰ bei der Anwendung zu verringern. Auch bezüglich der Rechtsfolgen könnte die Richtlinie das Schweizer Recht konkretisieren, da Art. 8 UWG nichts darüber aussagt.

⁵⁰ BK-KRAMER, N 284 zu Art. 19–20 OR.

AGB-Kontrolle an konkreten Beispielen

1 *Beispiel Sunrise I*

1.1 Vorbemerkung

Oft spricht schon die Art und Weise, wie AGB zum Vertragsinhalt gemacht werden bzw. werden sollen, Bände:

Bei meiner telefonischen Anfrage bei einer Telekommunikationsunternehmung – nennen wir sie Sunrise – , um die Zusendung von Informationsunterlagen einschliesslich der AGB, erhielt ich die erstaunliche Auskunft, das gehe nicht, die AGB erhalte man erst am Schluss, zusammen mit der Vertragsbestätigung. Ich könne aber den Vertrag gleich am Telefon schliessen, dann würden mir die AGB zusammen mit den andern Unterlagen zugesandt.

Nachdem ich aber darauf beharrte, die AGB auch ohne Vertragsschluss zugesandt zu erhalten, „fand“ sich nach einigem Zögern und ein paar Takten Gooood Day, Sunshii-ine doch noch ein Exemplar, welches man mir dann zuschickte.

1.2 AGB-Klauseln⁵¹

...

II. Rechte und Pflichten von Sunrise

1. Dienstleistungen

...

1.5 Sunrise hat das Recht, die Erbringung von Dienstleistungen zu suspendieren, wenn irgendeine Handlung oder Unterlassung seitens der Kunden die normale Funktion oder die Sicherheit des Telekommunikations-Netzwerkes ... gefährdet oder zu gefährden scheint.

...

1.8 Bezahlen die Kunden das vertragsgemäss geschuldete Entgelt für die Erbringung der Dienstleistungen ... nicht innerhalb der Zahlungsfrist, so kann Sunrise ihre Dienstleistungen suspendieren und den Vertrag nach erfolgloser Fristansetzung unverzüglich und entschädigungslos auflösen. ...

...

III. Recht und Pflichten der Kunden

1. Bezahlung der Dienstleistungen

...

2. Weitere Pflichten der Kunden

...

2.6 Suspendiert Sunrise ihre Leistungen gemäss Ziff. II/1.5 oder Ziff. II/1.8 hiervor, schulden die Kunden weiterhin sämtliche Gebühren.

⁵¹ Auszug aus den „Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Newtelco AG“ für die Dienstleistungen, welche die Newtelco AG unter der Marke „Sunrise“ anbietet (Ausgabe Januar 1998).

1.3 Erläuterung

Insbesondere fragt sich, ob mit der Suspendierung des Vertrages dessen Aufhebung gemeint ist oder nur der zeitweilige Unterbruch der Leistungen durch Sunrise. Im Kontext der Vertragsbestimmung II/1.8 lässt sich m.E. erkennen, dass mit der Suspendierung der Leistungen in Bestimmung III/1.5 nicht die Aufhebung des Vertrages gemeint ist, sondern letzteres.

D.h. also, der Vertrag besteht weiter, und die Kunden schulden weiterhin sämtliche Gebühren, auch für die Zeit in der Sunrise die eigenen Leistungen nicht erbringt. Und dies auch dann, wenn die Leistungen ungerechtfertigterweise nicht erbracht werden, d.h. wenn der Kunde das Netzwerk von Sunrise objektiv nicht gefährdet.

1.4 Verstoss gegen die EU-Richtlinie

Die Vertragsbestimmung III/2.6 verstösst gegen Art. 3 I RL, der eine Vertragsklausel als missbräuchlich betrachtet, wenn sie „entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner“ bewirkt. Die Voraussetzung kann m.E. als erfüllt angesehen werden, jedenfalls dann, wenn die Kunden ihre Leistung erbringen müssen, auch wenn die Sunrise ihre ungerechtfertigterweise nicht erbringt.

Zudem verstösst die Vertragsbestimmung II/1.5 gegen Art. 1 lit. m RL-Anhang, wonach eine Vertragsklausel als missbräuchlich anzusehen ist, wenn sie bewirkt, dass dem Gewerbetreibenden „das ausschliessliche Recht zugestanden wird, die Auslegung einer Vertragsklausel vorzunehmen“. Das ist der Fall, insofern Sunrise allein festzustellen befugt ist, wann eine Tätigkeit des Kunden das Netzwerk zu gefährden scheint.

1.5 Ungewöhnlichkeit, Unklarheit und Irreführung

1.5.1 Ungewöhnlichkeit

Unter die Ungewöhnlichkeitsregel fallen alle ungewöhnlichen Klauseln, auf deren Vorhandensein die schwächere oder geschäftsunerfahrene Partei nicht besonders aufmerksam gemacht worden ist. Ungewöhnlich sind solche Klauseln, welche die Vertragsnatur wesentlich verändern oder in erheblichem Masse von der gesetzlich vorgesehenen Ordnung abweichen⁵² bzw. solche, deren Inhalt von dem abweicht, was vernünftigerweise erwartet werden darf.⁵³

M.E. braucht der Kunde nicht davon auszugehen, dass er auch für nicht erbrachte Leistungen eine Gebühr schulden soll, und die Entscheidung darüber, unter welchen Bedingungen dies der Fall ist, Sunrise obliegt. D.h. Sunrise darf nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, dass diese Vertragsklauseln von den Kunden in dieser

⁵² BGE 119 II 443

⁵³ BGE 109 II 452 („Hühnerstall“).

Weise gewollt sind, sofern sie nicht besonders auf diese Klauseln aufmerksam macht. Diese Bestimmung würde somit nicht Vertragsinhalt.

1.5.2 Unklarheit

Unklar sind diese Vertragsbestimmungen m.E. nicht. Allenfalls liesse sich die Meinung vertreten, mit den „weiterhin geschuldeten Gebühren“ könnten genauso gut nur die bisher aufgelaufenen Gebühren gemeint sein, die natürlich weiterhin geschuldet sind. In diesem Fall müsste man sich im Sinne der Unklarheitenregel für diese weniger einschneidende Auslegung entscheiden.

1.5.3 Irreführung bzw. Anwendbarkeit von Art. 8 UWG

Aufgrund der unklaren Darstellung, d.h. weil die Vertragsbestimmung III/2.6 unter dem Titel „Weitere Pflichten der Kunden“ und nicht unter „Bezahlung der Dienstleistungen“ aufgeführt ist, könnte der Tatbestand der Irreführung nach Art. 8 UWG erfüllt sein: Der Konsument muss nicht erwarten, dass sich weitere Bestimmungen über die Bezahlung der Dienstleistungen ausserhalb des betreffenden Titels befinden.⁵⁴

Ist dies der Fall, können die entsprechenden Vertragsbestimmungen unter dem Aspekt des Abweichens von der „unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung“ oder demjenigen der von der „Vertragsnatur erheblich widersprechende[n] Verteilung von Rechten und Pflichten“ (Art. 8 I lit. a und b UWG) beurteilt werden. Dass es sich um eine erhebliche Abweichung handelt, zeigt sich m.E. darin, dass es der Idee dieses Vertrages als Austauschverhältnis widerspricht, wenn unter bestimmten Umständen, über welche die anderer Vertragspartei zu befinden hat, eine Partei leisten muss, ohne eine Gegenleistung zu erhalten.

2 Beispiel Sunrise II

2.1 AGB-Klauseln⁵⁵

...
III. Recht und Pflichten der Kunden
1. Bezahlung der Dienstleistungen
...
1.2 Bis zum selben Datum können die Kunden schriftlich und begründet Einwände gegen die Rechnung erheben, ansonsten diese als genehmigt gilt.
1.3 Ergeben die von Sunrise aufgrund der Einwände durchgeführten Abklärungen keine Anhaltspunkte für Fehler seitens Sunrise, so gelten die in Rechnung gestellten Beträge als richtig.
...

⁵⁴ MATT, Aktivierung, S. 114.

⁵⁵ Auszug aus den „Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Newtelco AG“ für die Dienstleistungen, welche die Newtelco AG unter der Marke „Sunrise“ anbietet (Ausgabe Januar 1998).

2.2 Erläuterung

Diese beiden Vertragsbestimmungen kehren die Beweislast zuungunsten des Kunden um und erleichtern Sunrise die Rechtsstellung erheblich. Denn diese hätte das Bestehen einer Forderung (d.h. des Rechnungsbetrages) zu beweisen (Art. 8 ZGB).⁵⁶ Durch diese Bestimmungen hat nun aber der Kunde das Nichtbestehen der in Rechnung gestellten Forderung zu beweisen. Dies wird ihm zumeist sehr schwer fallen, den alle Aufzeichnungen und Berechnungen befinden sich im Einflussbereich von Sunrise (negativa non sunt probanda).⁵⁷

2.3 Verstoss gegen die EU-Richtlinie

Solche Vertragsklauseln verstossen klar gegen die Bestimmung der EU-Richtlinie, wonach Klauseln missbräuchlich sind, die bewirken, dass dem Verbraucher „die Beweislast auferlegt wird, die nach geltendem Recht einer andern Vertragspartei obläge“ (Art. 1 lit. q RL-Anhang).

2.4 Ungewöhnlichkeit, Unklarheit und Irreführung

2.4.1 Ungewöhnlichkeit

Unter die Ungewöhnlichkeitsregel fallen alle ungewöhnlichen Klauseln, auf deren Vorhandensein die schwächere oder geschäftsunerfahrene Partei nicht besonders aufmerksam gemacht worden ist. Ungewöhnlich sind solche Klauseln, welche die Vertragsnatur wesentlich verändern oder in erheblichem Masse von der gesetzlich vorgesehenen Ordnung abweichen⁵⁸ bzw. solche, deren Inhalt von dem abweicht, was vernünftigerweise erwartet werden darf.⁵⁹

M.E. braucht der Kunde nicht davon auszugehen, dass er gegebenenfalls sein „Nicht-telefonieren“ zu beweisen hat. Sunrise darf nach Treu und Glauben nicht erwarten, dass diese Vertragsklauseln – welche die von der Rechtsordnung vorgesehene Ordnung in ihr Gegenteil verkehren – von den Kunden in dieser Weise gewollt sind und ohne speziellen Hinweis Vertragsinhalt werden.

2.4.2 Unklarheit

Insbesondere der Begriff des „begründeten Einwandes“ bedarf der Klärung. Dieser Begriff könnte die Eindruck erwecken, als hätte der Kunde die Pflicht, bereits im Sinne einer Beweisführung stichhaltige Argumente anzuführen, weshalb der Rechnungsbetrag nicht richtig sein könne. Dies kann ihm aber keinesfalls zugemutet werden, müsste er doch u.U. über genaue Kenntnis der Anlagen und Einrichtungen von Sunrise

⁵⁶ BUCHER AT, S. 314; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 61 f.; HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel ZGB, N 7.21 ff.

⁵⁷ TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 62; HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel ZGB, N 7.36.

⁵⁸ BGE 119 II 443

⁵⁹ BGE 109 II 452 („Hühnerstall“).

se verfügen, um seine Einwände zu begründen. Deshalb muss schon die Mitteilung des Kunden, er habe das Gefühl, es stimme etwas mit der Rechnung nicht, als genügend begründeter Einwand angesehen werden und Sunrise zu Abklärungen verpflichten.⁶⁰

2.4.3 Irreführung

Die beiden Bestimmungen sind ansonsten relativ klar formuliert und befinden sich systematisch am richtigen Ort in der Gliederung der AGB. Art. 8 UWG kann hier nicht greifen.⁶¹

3 Beispiel Leasing

3.1 AGB-Klauseln⁶²

- „... Wird die Vollkaskoversicherung vom Leasingnehmer selber abgeschlossen, zediert er hiermit die Ansprüche gegen die Versicherung an die Leasing AG. ...“
- „Der Leasingnehmer zediert hiermit seine Ansprüche betreffend das Leasingfahrzeug gegen die Haftpflichtversicherung des am Unfall beteiligten anderen Fahrzeughalters oder gegen Dritte an die Leasing AG. ...“
- „... Der Mieter zediert hiermit seine Ansprüche aus der Requisition an die Leasing AG“
- „... Ein Retentionsrecht des Leasingnehmers am Fahrzeug für irgendwelche Ansprüche gegenüber der Leasing AG ist ausgeschlossen.“

3.2 Erläuterung

Diese und ähnliche Klauseln bewirken, dass immer dann, wenn dem Leasingnehmer eine Forderung gegen Dritte (Versicherungen, andere Fahrzeughalter, das Militär usf.) zustünde, diese an den Leasinggeber zediert ist.

Der Leasingnehmer müsste zwar in den meisten Fällen den Betrag seiner Forderung dem Leasinggeber weitergeben, aber er hätte die Möglichkeit, falls ihm gegen den Leasinggeber ebenfalls Forderungen zustünden (aus Schlechterfüllung etc.), diese mit seiner Schuld zu verrechnen oder das Geld bzw. das Auto zurückzubehalten, bis der Leasinggeber seinerseits zu erfüllen bereit ist.

Diese Möglichkeiten sind ihm durch diese Bestimmungen abgeschnitten. Er ist zudem, falls ihm Forderungen gegen den Leasinggeber zustehen, in der schlechteren Position insofern er nun Klage führen muss.

⁶⁰ Dem Konsumenten kann hier etwas geholfen werden, indem an die Verpflichtung zur Abklärung der Einwände strenge Anforderungen gestellt werden. D.h. der Anbieter muss nun seinerseits die sorgfältige Abklärung beweisen. Gelingt ihm dies nicht, muss ihm der Anspruch auf den Rechnungsbetrag verweigert werden. Problematisch bleibt aber, dass sich die Abklärung ganz in der Sphäre des Anbieters abspielt. Vgl. auch HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel ZGB, N 7.36.

⁶¹ Ausser man beurteilte ungewöhnliche Klauseln per se auch als irreführend. Vgl. MATT, Aktivierung, S. 112 f.

⁶² Teile von AGB-Klauseln aus den „Allgemeinen Leasingbestimmungen“ der AMAG-Leasing AG (Ausgabe 01/1997).

3.3 Verstoss gegen die EU-Richtlinie

Art. 1 lit. b RL-Anhang erklärt Klauseln für missbräuchlich, die bewirken, dass dem Konsumenten die Möglichkeit der Verrechnung genommen wird in Fällen, wo er einen Anspruch gegen den Gewerbetreibenden aus Schlechterfüllung hat. Dies ist hier der Fall, weshalb diese Klauseln in ihrer gemeinsamen Wirkung als missbräuchlich anzusehen sind.

3.4 Ungewöhnlichkeit, Unklarheit und Irreführung

3.4.1 Ungewöhnlichkeit

Ungewöhnlich könnten diese Bestimmungen insofern sein, als es sich um einen Leasingvertrag handelt, und Klauseln über die Abtretung von Versicherungsansprüchen als geschäftsfremd erscheinen.

3.4.2 Unklarheit

Unklarheiten, d.h. Klauseln, die verschiedene Deutungen zulassen, liegen m.E. keine vor.

3.4.3 Irreführung

Als Ansatzpunkt für eine Beurteilung der fraglichen Vertragsklauseln als irreführend könnte die Verwendung der Fachbegriffe: „zediert“ und „Retentionsrecht“ dienen. Es fragt sich, ob der durchschnittliche Konsument sich über die Bedeutung dieser juristischen Fachbegriffe klar ist.⁶³

Hielte man eine Irreführung für gegeben, müsste anhand der allgemeinen Grundsätze des OR über die Verrechnung und das Retentionsrecht beurteilt werden, ob es sich hier um eine erhebliche Abweichung „von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung“ handelt oder nicht. Dies müsste wohl vor allem in Betrachtung des Sinnes und Zwecks der gesetzlichen Regeln geschehen, wonach dem verrechnenden oder zurückbehaltenden Schuldner der Zwang zur Leistung ohne die Sicherheit, dass auch der Vertragsgegner leisten werde, genommen werden soll.⁶⁴

⁶³ MATT, Aktivierung, S. 113.

⁶⁴ BUCHER AT, S. 429.

Mögliche Lösungsansätze für eine wirksame Kontrolle von AGB in der Schweiz

1 Prüfung der AGB durch die Konsumenten selbst

Zunächst einmal – und dies ist immerhin das am schnellsten wirkende Mittel in der heutigen Situation – sind die Konsumenten aufgefordert, vor dem Unterschreiben von Verträgen mehr Aufmerksamkeit den AGB zu widmen, ungünstige Klauseln nicht zu akzeptieren und zu einem andern Anbieter zu wechseln oder die Klauseln zu streichen. Dies sollen die Konsumentenorganisationen mittels vermehrter Information und Aufklärung über gewisse Branchen und deren AGB, die sich in der Praxis für Konsumenten ungünstig ausgewirkt haben, unterstützen. Durch die öffentliche Information erhöhte sich der Druck auf die Unternehmen, die konsumentenfreundliche Verträge zunehmend als Wettbewerbsvorteil erkennen müssten.

Solche „AGB-Kontrolle“ – auch durch den „mündigen“ Bürger – kann aber nur eine begrenzte Wirkung haben. Ihr sind verschiedene Hindernisse in den Weg gestellt:

- *Fehlende Zeit, die AGB genau zu lesen (Überrumpelungssituation)⁶⁵;*
- *fehlendes juristisches Wissen und keine Möglichkeit eine Bestimmung in ihrer ganzen Tragweite zu überblicken;*
- *das „Kleingedruckte“ interessiere meist erst, wenn es sich negativ auswirkt, d.h. heute, wenn es zu spät ist;*
- *gleiche oder ähnliche AGB bei allen Unternehmen einer Branche (z.B. Reiseveranstalter, Banken, Versicherungen) und;*
- *„Unlust“ des durchschnittlichen Konsumenten, sich auf Gerichtsverhandlungen usf. einzulassen.⁶⁶*

Die Einzelüberprüfung durch den Konsumenten hat ausserdem den Nachteil, dass dadurch die Rationalisierung von Vertragsschlüssen, also gerade der Grund dafür, warum AGB in Verträge eingebaut werden, wieder zunichte gemacht wird.

Übers Ganze gesehen, hat dieser Ansatz bisher zu keinem oder keinem befriedigenden Resultat geführt. Zum einen wird es kaum möglich sein, alle Konsumenten zu sensibilisieren. Zum andern fehlt den Unternehmen weitgehend die Einsicht, konsumentenfreundliche AGB als Wettbewerbsvorteil zu sehen.

Es wird deshalb ein Tätigwerden des Gesetzgebers oder zumindest der Gerichte unumgänglich sein.

⁶⁵ MATT, Aktivierung, S. 102.

⁶⁶ BK-KRAMER, N 208 zu Art. 1 OR.

2 Offene Inhaltskontrolle durch die Gerichte

Inhaltskontrolle betreibt das Bundesgericht zwar schon heute, jedoch nicht offen unter diesem Namen (vgl. oben). Es ist jedoch unbefriedigend, wenn bei missbräuchlichen AGB-Klauseln zuerst das Vorliegen von Ungewöhnlichkeit, Unklarheit oder Irreführung mit Hilfe von umständlichen oder fadenscheinigen Argumenten angenommen werden muss, damit eine Klausel für ungültig erklärt werden kann. Denn finden sich dafür keine Anhaltspunkte, kann das Gericht gegen die Klausel nicht vorgehen.

Deshalb und aus Gründen der Rechtssicherheit wäre eine offene Inhaltskontrolle (gestützt auf welche Norm auch immer) dringend geboten.⁶⁷ Das schweizerische Recht hielte nach verbreiteter Meinung genügend Grundlagen dazu bereit (u.a. Art. 2 II ZGB, Art. 19 – 21 OR und Art. 27 ZGB).⁶⁸

2.1 Kontrolle nach Art. 2 II ZGB

Da bereits das Vertrauensprinzip, welches seinerseits der Ungewöhnlichkeits- und der Unklarheitenregel⁶⁹ zugrunde liegt, Ausfluss von Art. 2 ZGB ist, läge eine AGB-Kontrolle unter Zuhilfenahme von Art. 2 II ZGB, d.h. dem Verbot des Rechtsmissbrauchs, nahe.⁷⁰

Rechtsmissbrauch liegt dann vor, wenn die Berufung auf ein Recht offenbar, „klar zutage“ tretend Treu und Glauben verletzt. Beispiele sind etwa die unnütze Rechtsausübung, widersprüchliches Verhalten (venire contra factum proprium), Gesetzesumgehung oder absichtliche Schädigung.⁷¹

Rechtsmissbrauch liegt also erst in ziemlich „krassen“ Fällen vor. Es fragt sich deshalb, ob das Rechtsmissbrauchsverbot überhaupt geeignet ist, Klauseln in AGB auf Missbräuchlichkeit hin zu kontrollieren. Auch „erhebliche“ Abweichungen von der anwendbaren Rechtsordnung oder der Vertragsnatur werden – im Vergleich zu den oben erwähnten „krassen“ Beispielen – wohl noch nicht als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden können.⁷² Zudem betrifft Art. 2 II ZGB nicht eigentlich die Inhaltskontrolle, sondern die Prüfung, ob die Berufung auf eine an sich gültige Klausel im Einzelfall Rechtsmissbrauch darstellt.^{73, 74}

⁶⁷ HUGUENIN, AGB, S. 87 f.

⁶⁸ WIEGAND WOLFGANG, Überprüfung von AGB, in: ZBJV 1995, S. 350 f.

⁶⁹ Die Abstützung der Unklarheitenregel im Vertrauensprinzip verneinend BK-KRAMER, N 109 zu Art. 1 OR.

⁷⁰ BAUDENBACHER, Ansätze, S. 59 f.

⁷¹ TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 52 ff.; HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel ZGB, N 3.05, 3.22 und insbes. 3.94 ff.

⁷² BK-KRAMER, N 283 zu Art. 19–20 OR.

⁷³ HUGUENIN, AGB, S. 93.

⁷⁴ Das Abstellen auf den Einzelfall unter Einbezug der subjektiven Situation von Gläubiger und Schuldner widerspricht dem Bedürfnis nach objektiven Kriterien zur Beurteilung von AGB-Klauseln. Art. 2 II ZGB liefert hierzu keine Anhaltspunkte, sodass in jedem Fall andere Kontrollkriterien (wie z.B. Art. 19 II OR) beigezogen werden müssten.

Problematisch ist ausserdem die Frage der Rechtsfolge: liegt Rechtsmissbrauch vor, kann ein an sich bestehendes Recht nicht durchgesetzt werden („Rechtsverweigerung durch den Richter“). Dies ist im Falle der missbräuchlichen AGB-Klausel nicht sinnvoll, weil weiterhin ein Bedürfnis bestehen wird, den in Frage stehenden Sachverhalt zu Regeln. In diesem Sinne wäre Nichtigkeit der fraglichen Klausel und richterliche Lückenfüllung die angemessenere Rechtsfolge.⁷⁵

2.2 Weite Auslegung von „irreführend“

Ein anderer Vorschlag geht dahin, über eine besondere Auslegung von Art. 8 UWG zu einer brauchbaren Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln zu kommen.

Der Art. 8 UWG bzw. der Passus „in irreführender Weise“ könnte vom Bundesgericht so weit ausgelegt werden, dass schon jede Verwendung von (nachteiligen) AGB als irreführend anzusehen wäre.⁷⁶ Oder, was zum selben Resultat führte, der Art. 8 UWG würde vom Bundesgericht so ausgelegt, als fehlte der Passus „in irreführender Weise“ bzw. als läge eine unechte Lücke vor, die entgegen dem Gesetzestext zu schliessen wäre.^{77, 78}

Ob ein solches Vorgehen angebracht ist, d.h. der Mangel des Gesetzes dermassen „krass“ ist, dass er eine unechte Lücke darstellt⁷⁹, und ob die angeführten Beispiele⁸⁰ als Rechtfertigung taugen, kann sich zu Recht fragen. Denn immerhin erweist sich Art. 8 UWG in seiner heutigen Form als nicht völlig unbrauchbar, wie das Bundesgericht in BGE 119 II 443 angedeutet hat.⁸¹

2.3 Anwendung des Kriteriums der „öffentlichen Ordnung“ (Art. 19 II OR) zur Inhaltskontrolle unter Berücksichtigung der besonderen Lage bei Verwendung von AGB?

Ein interessanter Vorschlag, auf welche gesetzliche Grundlage sich das Bundesgericht bei einer offenen Inhaltskontrolle von AGB stützen könnte oder sollte, ist die

⁷⁵ Analog zu Art. 20 II OR. Vgl. GAUCH PETER „Modifizierte“ Teilnichtigkeit – Anmerkungen zu BGE 107 II 216, in: recht 1983, S. 95 ff.

⁷⁶ SCHENK-ENGELER, Klauselkataloge, S. 207.

⁷⁷ BAUDENBACHER, Ansätze, S. 57 f.

⁷⁸ Nach einer neueren Lehrmeinung besteht zwischen den beiden vorgeschlagenen Lösungswegen kein Unterschied. Vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, S. 43 ff.

⁷⁹ TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Fn. 78; HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel ZGB, N 2.174 ff.

⁸⁰ Erwähnt wird etwa die Auslegung des Bundesgerichts von Art. 60 I ZGB i.V.m. Art. 59 II ZGB in BGE 90 II 333.

⁸¹ KRAMER ERNST A., Haftung des Autometers, Kaskoversicherung, Überprüfung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Ungewöhnlichkeitsregel, Irreführende Formulierung, OR 18, UWG 8, in: AJP 1994, S. 639 f.; MATT, Aktivierung, S. 99 ff.

Verwendung des bis anhin noch zu keinem andern Zweck fruchtbar gemachten Begriffs der öffentlichen Ordnung in Art. 19 II OR.⁸²

2.3.1 Begriff der öffentlichen Ordnung

Unter dem Begriff der öffentlichen Ordnung in Art. 19 II OR kann diejenige Wert- und Gerechtigkeitsordnung verstanden werden, aus der heraus der Gesetzgeber sich veranlasst sah und sieht, Rechtsnormen zu erlassen. D.h. die Rechtsordnung wäre in diesem Sinne als Konkretisierung des Prinzips der öffentlichen Ordnung zu verstehen.⁸³ kann man verstehen, dass die Vertragsfreiheit⁸⁴ den Privaten nicht um ihrer selbst willen gewährt wird, sondern weil mit der Vertragsfreiheit der Gedanke verknüpft ist, dass zwei idealerweise gleichberechtigte Partner sich gegenseitig ausgewogen Rechte und Pflichten auferlegen (herrschaftsfreier privater Interessenausgleich)⁸⁵ und damit die vom Gesetzgeber angestrebte Gerechtigkeit selbständig verwirklichen.

Zwingendes Recht setzt diejenigen Schranken, die aus bestimmten Gründen von den Vertragsparteien nicht autonom überschritten werden sollen. Das dispositive Recht – dem meist ebenfalls ein gesetzgeberischer Ordnungswille inne wohnt⁸⁶ – weicht den individuell ausgehandelten Vertragsnormen unter der Voraussetzung, dass es selbstbestimmte, „mündige“ Individuen sind, die in eigener Verantwortung sich selbst grössere Pflichten auferlegen (oder mehr Rechte zugestanden erhalten).

Neuerdings wird auch das Argument des ungehinderten freien Wettbewerbs als Grund für Normerlasse angeführt.⁸⁷

2.3.2 Warum und wie verstossen AGB gegen die öffentliche Ordnung?

Der Gedanke des privaten Interessenausgleichs durch Vertragsfreiheit wird durch die Benutzung von AGB faktisch zunichte gemacht, weil Konsumenten (und andere schwächere Vertragsparteien) in vielen Fällen dazu gezwungen sind, die AGB zum Vertragsinhalt zu machen (sog. „Take it or leave it – Verträge“)⁸⁸, oder weil die Umstände es ihnen zumindest stark erschweren, einen anderen Vertragsinhalt auszuhandeln.⁸⁹

⁸² Dies unter der Voraussetzung, der Gesetzgeber habe mit dem Begriff der öffentlichen Ordnung mehr gemeint als bloss die Summe aller zwingenden Rechtsnormen. BK-KRAMER, N 156 zu Art. 19–20 OR.

⁸³ BK-KRAMER, N 156 zu Art. 19–20 OR; HUGUENIN, AGB, S. 87; PRIVATRECHT-HUGUENIN, N 23 zu Art. 19/20 OR: Die öffentliche Ordnung als „Sammelbegriff für die der Gesamtrechtsordnung immanente Wertungs- und Ordnungsprinzipien“ (Kursiv im Original).

⁸⁴ Bzw. die Möglichkeit der staatlichen Durchsetzung der von Privaten geschlossenen Verträge.

⁸⁵ BK-KRAMER, N 160 zu Art. 19–20 OR.

⁸⁶ BUCHER AT, S. 158 f.

⁸⁷ BK-KRAMER, N 158 zu Art. 19–20 OR.

⁸⁸ BK-KRAMER, N 30 zu Art. 19–20 OR.

⁸⁹ Vgl. schon oben 1.

Ein solcher Verstoss (bezüglich der Art und Weise des Zustandekommens des Vertrages) gegen die öffentlichen Ordnung rechtfertigt seinerseits eine strengere Kontrolle des Vertragsinhalts als bei einem individuell ausgehandelten Vertrag.⁹⁰

Das Gegenargument, die Art. 19 ff. OR wollten nur den Vertragsinhalt und nicht das Zustandekommen des Vertrages kontrollieren, ist insofern nicht richtig als auch Art. 21 OR an die Art des Zustandekommens des Vertrages gewisse Rechtsfolgen knüpft: neben dem Vertragsinhalt (dem offenbaren Missverhältnis) wird zusätzlich auf das Zustandekommen des Vertrages (unter Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns der andern Partei) abgestellt.⁹¹ Dies nota bene unter dem Titel: E. Inhalt des Vertrages.⁹²

Wenn individuell ausgehandelte Verträge erst bei Sittenwidrigkeit („krasse“ Abweichung von einem moralischen „Minimalstandard“) nichtig sind, können einseitig vorformulierte Vertragsklauseln schon bei bloss „erheblicher“ Abweichung von der Rechtsordnung oder der Vertragsnatur (analog Art. 8 UWG) als nichtig angesehen werden.⁹³ Die Differenz zwischen „krass“ und „erheblich“ rechtfertigt sich durch die Tatsache der unterschiedlichen Art des Zustandekommens des Vertrages.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, je weniger ein Vertrag im Sinne herrschaftsfreien Interessenausgleiches entstanden ist, desto enger muss er sich an der vom Gesetz vorgegebenen Verteilung von Rechten und Pflichten, d.h. an den dispositiven Normen⁹⁴ orientieren. Jedenfalls soweit sich in den dispositiven Normen die der Gesamtrechtsordnung immanenten Wertungs- und Ordnungsprinzipien⁹⁵ manifestieren.⁹⁶

2.3.3 Verstoss gegen das Prinzip des freien Wettbewerbs

Mit dem Argument des durch die öffentliche Ordnung angestrebten ungehinderten, freien Wettbewerbs kann ebenfalls die strengere Kontrolle der oft genug durch AGB vorgenommene allgemeine Risikoverlagerung zuungunsten der Konsumenten gerechtfertigt werden.⁹⁷ Diese Risikoverlagerung kann sich z.B. insofern als wettbewerbshemmend erweisen, als die Unternehmen dadurch vom Druck befreit sind, ihre Produkte an höchsten Massstäben zu messen, was sich gesamtwirtschaftlich – gerade im Wettbewerb mit dem Ausland, das entsprechende Regeln kennt – negativ auswirkt.

⁹⁰ Weil es diesen vorformulierten Verträgen an der „Richtigkeitsgewähr“ fehlt. HUGUENIN, AGB, S. 88; BK-KRAMER, N 178 zu Art. 1 OR.

⁹¹ Vgl. GAUCH PETER, Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung, in: recht 1998, S. 64: Insbesondere III/3c (Ende des ersten Abschnitts).

⁹² Auf der andern Seite betrifft ja gerade das einseitige Vorformulieren den Inhalt, wenn auch über den „Umweg“ des Zustandekommens des Vertrages.

⁹³ SCHENK-ENGELER, Klauselkataloge, S. 209.

⁹⁴ Oder im Falle der Innominatverträge an der Natur des Vertrages. Vgl. Art. 8 UWG.

⁹⁵ PRIVATRECHT-HUGUENIN, N 23 zu Art. 19-20 OR.

⁹⁶ SCHENK-ENGELER, Klauselkataloge, S. 208 f.

⁹⁷ BK-KRAMER, N 158 zu Art. 19-20 OR.

2.3.4 Verstoss gegen die verfassungsrechtlich statuierte „öffentlichen Ordnung“

Einseitig vorformulierte Verträge können auch deshalb als unerwünscht betrachtet werden, weil sich in ihrer Gestalt so etwas wie faktische Privatgesetzgebung breit macht, wozu jedoch keinerlei verfassungsrechtliche Legitimation besteht.⁹⁸

2.4 Kommentar

Da es sich grundsätzlich um eine politische Frage handelt, ob die Konsumenten in der Schweiz einen der EU-Richtlinie vergleichbaren Schutz erhalten sollen oder nicht, wird das Bundesgericht wohl, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass der Gesetzgeber tätig wird, nicht grösser wird, in selbständiger Regie eine Inhaltskontrolle von AGB entwickeln. Welcher Argumente und gesetzlicher Grundlagen es sich dabei bedienen wird, ist letztlich, wenn der politische Wille gross genug ist, von zweitrangiger Bedeutung.

Zu befürchten ist allerdings, dass dieser Prozess, man denke an die wenigen bisher zu entscheidenden Fälle, einige Zeit in Anspruch nehmen wird. Meist handelt es sich ja um kleinere Vorkommnisse, derentwegen es sich meist nicht lohnt, den Rechtsweg zu beschreiten.

Die Nachteile der skizzierten Lösungswege liegen zunächst im Fehlen eines Katalogs verpönter Klauseln, was der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit⁹⁹ nicht besonders zuträglich ist.¹⁰⁰ Ausserdem bliebe in den meisten Fällen für Klagen von Konsumentenorganisationen gegen missbräuchliche AGB (Art. 10 UWG) weiterhin das Hindernis der Irreführung (Art. 8 UWG) bestehen.

3 Tätigwerden des Gesetzgebers

Dass der Gesetzgeber in Bezug auf eine Regelung der AGB-Problematik tätig werde, wird schon seit längerem gefordert. In mehreren Vorstössen ist der Bundesrat aufgefordert worden, in dieser Hinsicht tätig zu werden und den Parlament eine entsprechende Vorlage zu unterbreiten.¹⁰¹

Die Begründung dafür liegt einerseits in der bestehenden und als mangelhaft empfundenen gesetzlichen Regelung (Art. 2 II ZGB, Art. 1, 18 OR und Art. 8 UWG) bzw. darin, dass die Gerichtspraxis mit den verfügbaren Mitteln bisher zu keiner befriedigenden Inhaltskontrolle von AGB gefunden hat.¹⁰² Und andererseits – mit Blick auf die EU-Richtlinie – in der Forderung nach Europakompatibilität des schweizerischen

⁹⁸ BK-KRAMER, N 158 zu Art. 19–20 OR. Vgl. auch vorne Fn. 4.

⁹⁹ BAUDENBACHER, Ansätze, S. 58.

¹⁰⁰ SCHENK-ENGELER, Klauselkataloge, S. 208, 209, 212.

¹⁰¹ Motion Leemann vom 16. Dezember 1994, 1.1; Empfehlung der Kommission für Konsumentenfragen.

¹⁰² Motion Leemann vom 16. Dezember 1994, 1.1, 1.2, 2.1 und 2.2

Rechts.¹⁰³ Es sind deshalb die vorgeschlagenen Lösungsansätze immer auch unter diesem Aspekt zu beurteilen.

3.1 Streichung des „irreführend“

Das scheinbar einfachste wäre, der Gesetzgeber korrigierte seinen „Lapsus“ und striche das Kriterium der Irreführung aus Art. 8 UWG. Dies ermöglichte die offene Inhaltskontrolle von AGB nach den Kriterien von Art. 8 UWG (konkrete Inhaltskontrolle) und die Klage von Konsumentenverbänden (abstrakte Inhaltskontrolle) gegen Verwender missbräuchlicher AGB nach Art. 10 UWG. Allerdings fehlte bei dieser Lösung noch immer eine konkrete Rechtsfolge im Sinne von Art. 256 II lit. a OR i.V.m. Art. 20 II OR und ein Katalog missbräuchlicher Klauseln.

Auf der andern Seite ist nicht einzusehen, weshalb, wenn der „Gesetzgebungsapparat“ schon „in Betrieb“ gesetzt werden soll, nicht eine vollständigere Lösung im Sinne eines AGB-Gesetzes oder zumindest eines OR-Artikels (Regelungsort!) angestrebt werden sollte?

3.2 Artikel 20a OR

Dass mit einem neuen Art. 20a OR, der die öffentliche Ordnung im Sinne von Art. 8 UWG und die Anwendung auf AGB näher umschriebe, die Regelung in den Zusammenhang der übrigen Regeln über den Vertragsinhalt gestellt würde, spricht für diese Lösung.¹⁰⁴

Im Übrigen ergeben sich die gleichen Bedenken, wie schon bei der offenen Inhaltskontrolle durch die Gerichte und einem modifizierten Art. 8 UWG: es müsste sich zunächst eine Reihe von Fällen ergeben, um Grenzen und Beispiele missbräuchlicher Klauseln deutlicher zutage treten zu lassen. Immerhin hätten die Gerichte ein klares Signal des Gesetzgebers erhalten, offene Inhaltskontrolle zu betreiben.

Für die Klage von Konsumentenorganisationen nach Art. 10 UWG gegen unbillige AGB, d.h. für die abstrakte Inhaltskontrolle, wäre aber weiterhin das Erfordernis der Irreführung von Bedeutung.¹⁰⁵

3.3 AGB-Gesetz

Rechtlich eindeutig wäre also allein die Regelung der gesamten Problematik in einem eigenen ABG-Gesetz (innerhalb oder ausserhalb des OR).¹⁰⁶ Zum einen könnten dadurch die von den Gerichten entwickelten Regeln (Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitenregel) gesetzlich fest geschrieben und zum andern die bestehenden Mängel behoben und Lücken geschlossen werden. Ein nicht abschliessender Katalog von missbräuchlichen Klauseln könnte die Anwendung durch die Gerichte beschleunigen und die

¹⁰³ HUGUENIN, AGB, S. 92 f.; Motion Leemann vom 16. Dezember 1994, 3. ff.

¹⁰⁴ HUGUENIN, AGB, S. 93.

¹⁰⁵ Jahrbuch des schweizerischen Konsumentenrechts 1997, Bern 1997, S. 734 f.

¹⁰⁶ MATT, Aktivierung, S. 140.

Rechtssicherheit der Konsumenten (und der Verwendern von AGB)¹⁰⁷ erheblich erleichtern.

Für die einzelnen Anforderungen an ein solches Gesetz kann grundsätzlich auf die Ausführungen zur EU-Richtlinie verwiesen werden (Generalklausel, Klauselkatalog, konkrete und abstrakte Inhaltskontrolle, Klagerecht für Konsumentenorganisationen, Klagemöglichkeit gegen Verbandsempfehlungen, Europakompatibilität). Zu diskutieren wäre allenfalls, ob ein solches Gesetz sich auf den Schutz von Konsumenten beschränken soll, oder ob es auf alle Verträge auszudehnen wäre, denen AGB zugrunde liegen.

3.4 Empfehlung der Kommission für Konsumentenfragen

Die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen hat denn auch, zuhanden des Bundesrates, eine Empfehlung hinsichtlich einer Regelung der AGB-Kontrolle abgegeben: sie sieht die zentralen Mängel des schweizerischen Rechts bezüglich der AGB-Kontrolle

- *im Fehlen einer gesetzlichen Grundlage (im Sinne einer Generalklauseln) für die konkrete Inhaltskontrolle durch den Richter;*
- *in der fehlenden Wirksamkeit der abstrakten Inhaltskontrolle wegen des Irreführungselements in Art. 8 UWG;*
- *im Fehlen eines Klauselverbotskatalogs und;*
- *im Fehlen von Verfahren zur Beseitigung von AGB-Verbandsempfehlungen, die missbräuchliche Vertragsklauseln gegenüber Konsumenten enthalten.¹⁰⁸*

Allerdings haben die erwähnten Vorstösse und Empfehlungen bisher zu keinem Ergebnis geführt. Der Bundesrat sieht in seiner Stellungnahme keinen dringenden Handlungsbedarf, die EU-Richtlinie gewähre den Konsumenten keinen markant grösseren Schutz als die bestehenden schweizerischen Gesetze, sodass mit der Regelung der AGB-Problematik abgewartet werden könne, bis sich im Zusammenhang mit andern Gesetzgebungsverfahren zum Konsumentenschutz die Gelegenheit einer entsprechenden Regelung ergebe.

¹⁰⁷ SCHENK-ENGELER, Klauselkataloge, S. 215.

¹⁰⁸ Jahrbuch des schweizerischen Konsumentenrechts 1997, Bern 1997, S.735 ff.: Empfehlung gestützt auf Art. 9 II KIG (Konsumenteninformatiionsgesetz vom 5. Oktober 1990, SR 944.0).

Literaturverzeichnis

- BAUDENBACHER CARL, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht, in: Baudenbacher et al. (Hrsg.), AGB – Eine Zwischenbilanz, St. Gallen/Berlin 1991 (zit. BAUDENBACHER, Ansätze).*
- BAUDENBACHER CARL, Das neue Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG), recht 1988, S. 73 ff. (zit. BAUDENBACHER, UWG).*
- BRANDNER HANS ERICH/ULMER PETER, EG-Richtlinien über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, BB 1991 701 (zit. BRANDNER/ULMER)*
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988 (zit. BUCHER AT).*
- GAUCH PETER, „Modifizierte“ Teilnichtigkeit – Anmerkungen zu BGE 107 II 216, in: recht 1983, S. 95 ff.*
- GAUCH PETER, Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung, in: recht 1998, S. 55 ff.*
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Zürich 1995 (zit. GAUCH/SCHLUEP).*
- GIGER HANS, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983.*
- GONZENBACH RAINER, Konsumenten-AGB und kein Ende – oder doch?, recht 1993, S. 28 ff.*
- HAUSHERR HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1998 (zit. HAUSHEER/JAUN, Einleitungsartikel ZGB).*
- HEINRICHS HELMUT, Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: NJW, Heft 29, S. 1817 ff. (zit. HEINRICHS, EG-Richtlinie).*
- HUGUENIN JACOBS CLAIRE, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der neuen EU-Richtlinien über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: recht 1995, S. 85 ff. (zit. HUGUENIN, AGB)*
- HUGUENIN JACOBS CLAIRE, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht I, 2. Auflage, Basel 1996 (zit. PRIVATRECHT-HUGUENIN).*
- JETZER ROLF P./ZINDEL GAUDENZ G., EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, SJZ 1994 432 ff. (zit. JETZER/ZINDEL).*

- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1, 18 und 19–20 OR, Bern (zit. BK-KRAMER).*
- KRAMER ERNST A., Haftung des Automieters, Kaskoversicherung, Überprüfung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Ungewöhnlichkeitsregel, Irreführende Formulierung, OR 18, UWG 8, in: AJP 1994, S. 637 ff.*
- MATT PETER C., Das Transparenzgebot in der deutschen AGB-Rechtsprechung: Ein Mittel zur Aktivierung von Art. 8 UWG?, Basel und Frankfurt a.M. 1997 (zit. MATT, Aktivierung).*
- NEUMAYER, Einschränkungen in der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen und Verbot missbräuchlicher Vertragsklauseln, in: Wege zum japanischen Recht, FS Zentaro Kitagawa, Marburg 1992.*
- REHBINDER MANFRED, AGB und die Kontrolle ihres Inhalts, 1972, S. 9 f.*
- SCHENK-ENGELER SUZANNE, Klauselkataloge in einigen neueren europäischen AGB- und Verbraucherschutzgesetzgebungen – Ihre Bedeutung für das schweizerische Recht, Bamberg 1993, 204 ff. (JB Diss. SG 1993) (zit. SCHENK-ENGELER, Klauselkataloge).*
- SCHMID JÖRG, Der EG-Richtlinienvorschlag über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen – und mögliche Auswirkungen auf die Schweiz, in: Terrier/Volken/Michel (Hrsg.), Aspects du droit européen – Beiträge zum europäischen Recht, Fribourg 1993, 243 ff. (zit. SCHMID, EG-Richtlinienvorschlag).*
- STAUDER BERND, Die Bedeutung der AGB-Richtlinie., Zürich 1996 (zit. STAUDER, AGB-Richtlinie).*
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich 1995 (zit. TUOR/SCHNYDER/SCHMID)*
- WIEGAND WOLFGANG, Überprüfung von AGB, in: ZBJV 1995, S. 348 ff.*