



12. Juni 1997

ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

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

EMPFEHLUNG

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

BEGRÜNDUNG

Die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen hat an mehreren Sitzungen die Praxis der Benutzung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und die gesetzlichen Möglichkeiten zur Bekämpfung vorformulierter missbräuchlicher Vertragsklauseln untersucht. Sie ist zum Ergebnis gelangt, dass die gesetzlichen Bestimmungen nach OR und UWG nicht ausreichen, um den Konsumenten ein Mindestmass an Fairness in Vertragsklauseln zu sichern.

1. Praxis

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

2. Mängel der geltenden Rechtslage

Mit Recht hat der Bundesrat in seiner Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983 (BBl 1983 II 1009) festgestellt: « Die AGB treten an Stelle des staatlichen Gesetzes, dessen Funktion sie faktisch übernehmen, ohne aber seine demokratische

Legitimation zu besitzen » (BBl 1983 II 1052). Diese Aussage gilt noch heute. Nach praktisch einhelliger Doktrin ist die gegenwärtige Rechtslage unbefriedigend. Die Kommission teilt diese Auffassung. Das OR ermächtigt den Richter nicht ausdrücklich, in einem Verfahren missbräuchliche Vertragsklauseln für nichtig zu erklären. Das Bundesgericht beschränkt sich auf eine blosser Geltungskontrolle von AGB und hält sich nicht für ermächtigt, eine offene Inhaltskontrolle vorzunehmen. Zwar hat das UWG vom 19. Dezember 1986 in Art. 8 - 10 ein abstraktes Kontrollverfahren eingeführt, das dem Richter die Kompetenz gibt, die Verwendung missbräuchlicher AGB mit Wirkung für die Zukunft zu verbieten. Das Gesetz enthält zudem in der Form einer Generalklausel Kontrollkriterien, die die Feststellung der Missbräuchlichkeit der AGB-Klauseln erleichtern sollen. Die Regelung ist jedoch in der Praxis totor Buchstabe geblieben, da das - erst in den parlamentarischen Beratungen in Art. 8 UWG eingefügte - sog. Irreführungselement die effektive Wahrnehmung der Klagebefugnis durch die Konsumentenorganisationen unmöglich macht.

3. Notwendigkeit von Korrekturen durch den Gesetzgeber

Die Situation ruft nach gesetzlichen Korrekturen. Bereits 1983 hatte der Bundesrat für den Fall des Scheiterns der neuen UWG-Lösung die Prüfung « zusätzlicher gesetzgeberischer Massnahmen - etwa im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts - » angekündigt (BBl 1983 II 1053).

Die Kommission unterstreicht, dass die Verwendung von AGB in der modernen Wirtschaft unentbehrlich ist. Sie besitzen einen wichtigen Rationalisierungseffekt und sind grundsätzlich ein zweckmässiges Instrument beim Abschluss von Konsumentenverträgen. Die Kommission ist aber überzeugt, dass AGB so formuliert werden müssen, dass das Vertrauen der Konsumenten in den Markt gestärkt wird. Dies ist nur möglich, wenn die Folgen, die sich aus der einseitigen Wahrnehmung der Vertragsfreiheit durch die Anbieter ergeben, korrigiert werden.

4. Eurokompatibilität

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

5. Kernpunkte einer Reform

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

Zusammengefasst würde die Übernahme der Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln, die auch die Doktrin fordert,

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

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

EU-Recht

CH-Recht

RL als horizontale Gesetzgebung zur Bekämpfung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen in Art. 8 - 10 UWG erfasst

Keine spezielle Gesetzgebung; Teilaspekte in

Anwendungsbereich

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

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

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

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

Geltungskontrolle bei Einbeziehung von AGB

Dem nationalen Recht zugeordnet

Differenzierte Geltungskontrolle von *Rechtsprechung* auf Grundlage des Vertrauensprinzips entwickelt

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

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

Auslegung von AGB

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

Entspricht der von der *Rechtsprechung* entwickelten Unklarheitenregel

Konkrete Inhaltskontrolle

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

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

Rechtsfolgen (Art. 6 I)

- Nichtgeltung der Klausel gegenüber Konsumenten
- Aufrechterhaltung des Vertrags

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

Abstrakte Inhaltskontrolle

Unabhängig vom konkreten Rechtsstreit (Art. 7 I - III) Grundsätzliche Entsprechung in Art. 8 - 10 UWG

- Verfahren, um Verwendung missbräuchlicher Klauseln ein Ende zu setzen
- Gericht oder Verwaltungsbehörde als Entscheidungsinstanz
- Befugnis von Verbraucherorganisationen, Entscheidungsinstanz anzurufen
- Verfahren muss « wirksam » sein
- Option, Unterlassungsklagen gegen Gewerbetreibende oder Klage auf Widerruf von AGB-Verbandsempfehlungen zu erheben
- andere Formen abstrakter Inhaltskontrolle nach RL zulässig, sofern « wirksam »
 - präventive Verwaltungskontrolle von AGB
 - kartellrechtliche AGB-Kontrolle
 - kollektive Aushandlung von AGB zwischen Anbieter- und Konsumentenorganisationen
- Unterlassungsklage nach Art. 9 I UWG europakonform
- Gericht (Art. 9 UWG)
- Klagebefugnis der Konsumentenorganisationen (Art. 10 II lit. b UWG) europakonform
- Fehlende Wirksamkeit der abstrakten Inhaltskontrolle wegen des sog. Irreführungselementes in Art. 8 UWG
- Keine Entsprechung
- andere Formen abstrakter Inhaltskontrolle
 - Kontrolle von Versicherungs-AGB durch Behörde weitgehend aufgehoben
 - nach KG nur, wenn Wettbewerbsbeschränkungen bestehen; keine Klagebefugnis der Konsumentenorganisationen
 - zulässig, aber sehr selten

Kontrollkriterien

- einheitliche Kontrollkriterien für konkrete und abstrakte Inhaltskontrolle
- Generalklausel: erhebliches Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner entgegen dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 3 I)
- Generalklausel nach Art. 8 UWG: erhebliche Abweichung von gesetzlicher Ordnung oder von Vertragsnatur - grundsätzliche Entsprechung, aber: nicht europakonform das kumulative Kriterium der Irreführung

- Liste missbräuchlicher Klauseln beispielhaft (nicht erschöpfend) (Art. 3 III i.V.m. Anhang), für Mitgliedstaaten nicht bindend
- keine Liste in UWG; einzelne Klauselverbote in OR (Art. 100, 101)

Anwendbares Recht

Rechtswahl zulässig. Geltung des Schutzstandards der Richtlinie, wenn Recht eines Drittstaates vereinbart (Art. 6 III)
Rechtswahl in Konsumentenverträgen nicht zulässig (Art. 120 IPRG)

Zentrale Mängel des schweizerischen Rechts:

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