

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 (ABl. EG Nr. L 95 S. 29) und deren Umsetzung in den Staaten Europas halten müssen. Eine angemessene Lösung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 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 zu-

dem 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 PARLAMEN- TARISCHE 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 aktuellen 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)	EKK Vorentwurf OR-Revision AGB
----------------------------	--------------------------------

OR Art. 1

A. Abschluss des Vertrages

I. Übereinstimmende Willensäußerung

1. Im allgemeinen

- ¹ Zum Abschlusse eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich.
- ² Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein.

Obligationenrecht (SR 220)	EKK Vorentwurf OR-Revision AGB
----------------------------	--------------------------------

OR Art. 2

2. Betreffende Nebenpunkte

- ¹ Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle.
- ² Kommt über die vorbehaltenen Nebenpunkte eine Vereinbarung nicht zustande, so hat der Richter über diese nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden.
- ³ Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die Form der Verträge.

OR Art. 3

II. Antrag und Annahme

1. Antrag mit Annahmefrist

- 1 Wer einem andern den Antrag zum Abschluss eines Vertrages stellt und für die Annahme eine Frist setzt, bleibt bis zu deren Ablauf an den Antrag gebunden.
- 2 Er wird wieder frei, wenn eine Annahmeerklärung nicht vor Ablauf dieser Frist bei ihm eingetroffen ist.

OR Art. 4

2. Antrag ohne Annahmefrist

a. Unter Anwesenden

- 1 Wird der Antrag ohne Bestimmung einer Frist an einen Anwesenden gestellt und nicht sogleich angenommen, so ist der Antragsteller nicht weiter gebunden.
- 2 Wenn die Vertragschliessenden oder ihre Bevollmächtigten sich persönlich des Telefons bedienen, so gilt der Vertrag als unter Anwesenden abgeschlossen.

OR Art. 5

b. Unter Abwesenden

- 1 Wird der Antrag ohne Bestimmung einer Frist an einen Abwesenden gestellt, so bleibt der Antragsteller bis zu dem Zeitpunkte gebunden, wo er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsmässigen und rechtzeitigen Absendung erwarten darf.
- 2 Er darf dabei voraussetzen, dass sein Antrag rechtzeitig angekommen sei.
- 3 Trifft die rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung erst nach jenem Zeitpunkte bei dem Antragsteller ein, so ist dieser, wenn er nicht gebunden sein will, verpflichtet, ohne Verzug hiervon Anzeige zu machen.

Obligationenrecht (SR 220)

EKK Vorentwurf OR-Revision AGB

OR Art. 6

3. Stillschweigende Annahme

Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird.

OR Art. 6a

3a. Zusendung unbestellter Sachen

- 1 Die Zusendung einer unbestellten Sache ist kein Antrag.
- 2 Der Empfänger ist nicht verpflichtet, die Sache zurückzusenden oder aufzubewahren.
- 3 Ist eine unbestellte Sache offensichtlich irrtüm-

lich zugesandt worden, so muss der Empfänger den Absender benachrichtigen.

OR Art. 7

4. Antrag ohne Verbindlichkeit, Auskündigung, Auslage

- ¹ Der Antragsteller wird nicht gebunden, wenn er dem Antrage eine die Behaftung ablehnende Erklärung beifügt, oder wenn ein solcher Vorbehalt sich aus der Natur des Geschäftes oder aus den Umständen ergibt.
- ² Die Versendung von Tarifen, Preislisten u. dgl. bedeutet an sich keinen Antrag.
- ³ Dagegen gilt die Auslage von Waren mit Angabe des Preises in der Regel als Antrag.

OR Art. 8

5. Preisausschreiben und Auslobung

- ¹ Wer durch Preisausschreiben oder Auslobung für eine Leistung eine Belohnung aussetzt, hat diese seiner Auskündigung gemäss zu entrichten.
- ² Tritt er zurück, bevor die Leistung erfolgt ist, so hat er denjenigen, die auf Grund der Auskündigung in guten Treuen Aufwendungen gemacht haben, hiefür bis höchstens zum Betrag der ausgesetzten Belohnung Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihnen die Leistung doch nicht gelungen wäre.

OR Art. 9

6. Widerruf des Antrages und der Annahme

- ¹ Trifft der Widerruf bei dem anderen Teile vor oder mit dem Antrage ein, oder wird er bei späterem Eintreffen dem andern zur Kenntnis gebracht, bevor dieser vom Antrag Kenntnis genommen hat, so ist der Antrag als nicht geschehen zu betrachten.
- ² Dasselbe gilt für den Widerruf der Annahme.

OR Art. 10

III. Beginn der Wirkungen eines unter Abwesenden geschlossenen Vertrages

- ¹ Ist ein Vertrag unter Abwesenden zustande gekommen, so beginnen seine Wirkungen mit dem Zeitpunkte, wo die Erklärung der Annahme zur Absendung abgegeben wurde.
- ² Wenn eine ausdrückliche Annahme nicht erforderlich ist, so beginnen die Wirkungen des Vertrages mit dem Empfange des Antrages.

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.

OR Art. 11

B. Form der Verträge

I. Erfordernis und Bedeutung im allgemeinen

- ¹ Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt.
- ² Ist über Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab.

OR Art. 12

II. Schriftlichkeit

1. Gesetzlich vorgeschriebene Form

a. Bedeutung

Ist für einen Vertrag die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben, so gilt diese Vorschrift auch für jede Abänderung, mit Ausnahme von ergänzenden Nebenbestimmungen, die mit der Urkunde nicht im Widerspruche stehen.

Obligationenrecht (SR 220)

EKK Vorentwurf OR-Revision AGB

OR Art. 13

b. Erfordernisse

- ¹ Ein Vertrag, für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, muss die Unterschriften aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet werden sollen.
- ² Sofern das Gesetz es nicht anders bestimmt, gilt als schriftliche Form auch der Brief oder das Telegramm, vorausgesetzt, dass der Brief oder die Aufgabedepesche die Unterschrift derjenigen trägt, die sich verpflichten.

OR Art. 14

c. Unterschrift

- ¹ Die Unterschrift ist eigenhändig zu schreiben.
- ² Eine Nachbildung der eigenhändigen Schrift auf mechanischem Wege wird nur da als genügend anerkannt, wo deren Gebrauch im Verkehr üblich ist, insbesondere wo es sich um die Unterschrift auf Wertpapieren handelt, die in grosser Zahl ausgegeben werden.
- ³ Für den Blinden ist die Unterschrift nur dann verbindlich, wenn sie beglaubigt ist, oder wenn nachgewiesen wird, dass er zur Zeit der Unterzeichnung den Inhalt der Urkunde gekannt hat.

OR Art. 15

d. Ersatz der Unterschrift

Kann eine Person nicht unterschreiben, so ist es, mit Vorbehalt der Bestimmungen über den Wechsel, gestattet, die Unterschrift durch ein beglaubigtes Handzeichen zu ersetzen oder durch eine öffentliche Beurkundung ersetzen zu lassen.

OR Art. 16

2. Vertraglich vorbehaltene Form

- ¹ Ist für einen Vertrag, der vom Gesetze an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten worden, so wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen.
- ² Geht eine solche Abrede auf schriftliche Form ohne nähere Bezeichnung, so gelten für deren Erfüllung die Erfordernisse der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftlichkeit.

Obligationenrecht (SR 220)

EKK Vorentwurf OR-Revision AGB

OR Art. 17

C. Verpflichtungsgrund

Ein Schuldbekenntnis ist gültig auch ohne die Angabe eines Verpflichtungsgrundes.

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

Rev OR Art. 18 (nur Randtitelergänzung)

(sonst gleicher Text)

D. Auslegung der Verträge I. Grundsatz und Simulation

(1) (Absatz 1 gleicher Text wie bisher)

(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 formu-

liert 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.

Obligationenrecht (SR 220)

EKK Vorentwurf OR-Revision AGB

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 offenkundiges 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
- von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder
 - eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.
- (3) Bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die zwischen Anbieter- und Konsumentenor-

ganisationen 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.

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 Abgrenzun-

gen 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).