



EMPFEHLUNG DER EIDGENÖSSISCHEN KOMMISSION FÜR KONSUMENTENFRAGEN VOM 6. NOVEMBER 2007 BETREFFEND 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 wird eingeladen, eine Gesetzesvorlage vorzubereiten, um das Rechtsproblem der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowohl für die Anbieter als auch für die Konsumenten endgültig einer angemessenen Lösung zuzuführen.

Begründung

1. Vorbemerkung

1.1 Die EIDGENÖSSISCHE KOMMISSION FÜR KONSUMENTENFRAGEN (nachfolgend EKK) hat bisher in mehreren Empfehlungen die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen thematisiert und dem Bundesrat gestützt auf ihren Gesetzauftrag sowie in Nachachtung der Wirtschaftsverfassungsnorm in Art. 97 BV vorgeschlagen, das Recht der AGB einer Lösung zuzuführen. Es kann unter anderen auf die folgenden Empfehlungen verwiesen werden:

Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) betreffend Allgemeine Geschäftsbedingungen vom 12. Juni 1997

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

1.2 Auch das Parlament hat sich – neben der EKK - der Problematik angenommen, was durch die folgenden Vorstösse dokumentiert wird:

94.3561 - Motion Leemann Ursula vom 16.12.1994 über Allgemeine Geschäftsbedingungen und missbräuchliche Klauseln.

02.461 - Parlamentarische Initiative Sommaruga Simonetta vom 04.10.2002 betreffend Allgemeine Geschäftsbedingungen und missbräuchliche Klauseln.



03.3422 - Motion Überprüfung von allgemeinen Geschäftsbedingungen. Kommission für Rechtsfragen NR (02.461), Minderheit Leuthard (RK-NR 02.461) vom 23.06.2003.

06.489 - Parlamentarische Initiative Sommaruga Simonetta „Gegen missbräuchliche Klauseln im "Kleingedruckten" vom 20.12.2006 (noch nicht beraten).

1.3 Zudem hat sich neuerdings die Expertenkommission Totalrevision VVG in ihrem Schlussbericht für eine gesetzliche Regelung der AGB ausgesprochen:

Vorentwurf VVG vom 31. Juli 2006, Anhang: Änderungen bisherigen Rechts: Obligationenrecht (SR 220).

2. Verfassungsauftrag des Gesetzgebers (Art. 97 BV)

Die EKK erachtet es als notwendig, den Verfassungsauftrag gemäss Art. 97 BV auch auf dem Gebiet der AGB zu erfüllen. Der Gesetzgeber hat dies bisher unterlassen. Nach Absatz 1 der genannten Wirtschaftsverfassungsnorm trifft der Bund Massnahmen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten.

In der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre ist unbestritten, dass bei der Verwendung von AGB eine Benachteiligung der Marktgegenseite der Anbieter, insbesondere der Konsumenten, eintreten kann. Dies ist im übrigen nicht nur ein Problem der Konsumentinnen und Konsumenten, sondern auch der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU), wenn sie als Nachfrager am Markt auftreten (vgl. dazu die Entscheide des Bundesgerichts: BGE 123 III 292 E. 2e/aa; BGE 119 II 443; BGE 109 II 452; BGE 109 II 116). Ohne eine ergänzende gesetzliche Regelung können die Rechte der Marktgegenseite der AGB - Verwender nur unzureichend gewahrt und abgesichert werden.

Die in diesem Zusammenhang gelegentlich (vgl. bspw. Bericht zur Vernehmlassung zur KIG-Revision vom 11. Dezember 2005, S. 2) ins Feld geführte so genannte Bevormundungsthese, wonach die Konsumenten durch den Gesetzgeber nicht bevormundet werden sollen, verkehrt den Verfassungsauftrag in sein Gegenteil. Dazu ist insbesondere zu erwägen, dass *jede Rechtsnorm* auf der einen Seite eine beschränkende Funktion hat, auf der anderen Seite jedoch erst die Freiheit und die Rechtstellung verbessert. Dabei ist es die Aufgabe des Gesetzgebers, das richtige Mass zu finden.

3. Regelung im Obligationenrecht oder im UWG

Die EKK lässt offen, ob die ergänzenden Rechtsnormen im OR oder im UWG zu erlassen sind. Immerhin ist anzumerken, dass es sich um Zustandekommen und Inhalt des Vertrages geht, was eine systematische Einordnung im OR nahe legen würde. Hilfreich ist jedoch auch eine ergänzende Norm im UWG, um die abstrakte AGB-Kontrolle durch die Rechtsprechung zu verbessern.



4. Bisherige Normentwürfe: KIG- und VVG-Totalrevision

4.1 KIG – Ergänzung OR

Im Rahmen der Totalrevision des KIG wurde in einem Anhang auch das OR berücksichtigt. Am 14. Juli 2005 wurde aufgrund der vorstehend wieder gegebenen parlamentarischen Vorstösse sowie der wiederholten Empfehlungen von EKK und Expertenkommissionen die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Entwurf zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (Konsumenteninformationsgesetz, KIG) aufgenommen und in die Vernehmlassung gegeben. Im Anhang der Vorlage wurde unter Ziffer 1 die *Änderung des Obligationenrechts (SR 220)* wie folgt vorgeschlagen:

E-OR Art. 10a

IV. Allgemeine Geschäftsbedingungen

1. Begriff

1 Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) bei Abschluss eines Vertrags einseitig einbringt. Bringt eine Urkundsperson die Vertragsbedingungen ein, so gelten die Bestimmungen über die allgemeinen Geschäftsbedingungen sinngemäss.

2 Vertragsbedingungen, die zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind, gelten nicht als allgemeine Geschäftsbedingungen.

E-OR Art. 10b

2. Abfassung

Die Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen klar und deutlich formuliert sein.

E-OR Art. 10c

3. Einbezug in den Vertrag

1 Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn:

- a. der Verwender bei Vertragsschluss die andere Vertragspartei auf sie hinweist;**
- b. ihre Kenntnisaufnahme möglich und zumutbar ist; und**
- c. die andere Vertragspartei erklärt, dass sie ihnen zustimmt.**

2 Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, mit denen der Vertragspartner des Verwenders nach Treu und Glauben nicht zu rechnen braucht, werden nicht Bestandteil des Vertrages.

3 Sind allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.



E-OR Art. 10d

4. Vorrang der Individualabrede

Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor anders lautenden allgemeinen Geschäftsbedingungen.

E-OR Art. 13, Abs. 3

3 Allgemeine Geschäftsbedingungen, die in einem separaten Dokument enthalten sind, erfüllen die Schriftform, wenn ein deutlicher Verweis auf sie von den Unterschriften auf dem Hauptvertrag gedeckt ist.

E-OR Art. 18, Randtitel

D. Auslegung der Verträge

I. Grundsatz und Simulation

E-OR Art. 18a

II. Auslegung von allgemeinen Geschäftsbedingungen

1 Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ausgelegt. Die Partei, die einen vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichenden besonderen Sprachgebrauch zwischen den Parteien geltend macht, hat diesen zu beweisen.

2 Unklare Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen werden zu Lasten des Verwenders ausgelegt.

E-OR Art. 20, Randtitel

II. Nichtigkeit

1. Im Allgemeinen

E-OR Art. 20a

2. Besondere Regeln für allgemeine Geschäftsbedingungen in Konsumentenverträgen

1 Als Konsumentenverträge gelten Verträge zwischen gewerbsmässigen Anbietern und natürlichen Personen, die einen Vertrag zu einem Zweck abschliessen, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (Konsumenten).

2 Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nichtig, wenn sie den Konsumenten entgegen Treu und Glauben benachteiligen, insbesondere indem sie:

a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen; oder

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

3 Weist der Anbieter nach, dass der Konsument aufgrund seiner Fachkenntnisse und seiner Stellung die Bedingungen hätte frei aushandeln können, so finden die



besonderen Regeln keine Anwendung.

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

Am 21. Dezember 2005 beschloss der Bundesrat nach Kenntnisnahme des kontrovers gebliebenen Vernehmlassungsverfahrens *zum KIG*, auf die Teilrevision des KIG vollständig zu verzichten. Namentlich die Anbieter-Organisationen stellten sich wegen erhöhter vorvertraglicher Informationspflichten gegen die Teilrevision, womit auch der im Anhang vorgesehene Teil betreffend Allgemeine Geschäftsbedingungen weg fiel. Damit wurde nach Auffassung der EKK ohne Not auch die erforderliche Regelung des Rechts der AGB fallen gelassen. Mit der vorliegenden Empfehlung soll diese Rechtsfrage daher erneut zur Diskussion gestellt werden.

4.2 VVG – Ergänzung OR

Im Vorentwurf VVG vom 31. Juli 2006, Anhang: Änderungen bisherigen Rechts: Obligationenrecht (SR 220) wird andererseits die folgende sehr einfache Grundnorm zur Annahme empfohlen:

Art. 20a Allgemeine Vertragsbedingungen

¹ Bestimmungen in vorformulierten Allgemeinen Vertragsbedingungen sind missbräuchlich und unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen.

² Eine unangemessene Benachteiligung ist namentlich dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundsätzen der gesetzlichen Regelung, von der zu Lasten des Vertragspartners abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Eine solche Lösung wäre insofern interessant, als die Gesetzgebung mit einer sehr einfachen und klaren Norm das Wesentliche festhalten würde.

So beschlossen am 6. November 2007 durch die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen.