

## Besprechung / Compte rendu

### **Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation – Etude de droit suisse et de droit européen**

**DOMINIQUE JUNOD MOSER**

Helbing & Lichtenhahn, Basel / Genf / München, 2001, 353 Seiten, CHF 74.–,  
ISBN 3-7190-1920-9

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) sind ein Phänomen des täglichen Lebens. Wohl jeder Konsument und sämtliche Geschäftsleute haben schon Verträge unterzeichnet, welche auf AGB verweisen, ohne diese AGB gelesen zu haben. Während die Rechtspraxis mit diesem Phänomen gut zu leben scheint, hat die Rechtslehre einige Mühe mit der Einordnung und der Behandlung von AGB. Sie passen überhaupt nicht in das Idealbild des gegenseitig frei ausgehandelten Vertrages.

Die Autorin hat sich in ihrer Dissertation der AGB angenommen und untersucht die in der Praxis auftretenden Phänomene und Arten von AGB in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht. Es handelt sich dabei um eine ausführliche, weitgehend theoretische Arbeit. In einem ersten Teil untersucht sie die in der Praxis auftretenden Arten von AGB und nimmt eine Einteilung nach Erscheinungsformen vor. So werden die AGB zum Beispiel danach eingeteilt, ob sie Preisfragen oder andere Vertragsinhalte regeln. In der Folge untersucht die Autorin, ob die Marktkräfte einen ausgewogenen AGB-Inhalt garantieren. In diesem umfangreichen, ökonomischen Theorieteil gelangt sie nicht überraschend zum Schluss, dass die Marktkräfte dies nicht zu leisten vermögen und AGB ausgeglichene Marktkräfte sogar verhindern. Markttransparenz und Information der Marktteilnehmer sind durch die Verwendung von AGB nicht mehr gewährleistet. Für die Preisbestimmung sei hingegen nicht nachweisbar, dass AGB einen negativen Einfluss haben. Trotzdem sind AGB eine praktische Notwendigkeit. Sie dienen der Rationalisierung und Spezialisierung des Vertragsschlusses. Ein allgemeines Verbot kommt deshalb nicht in Betracht. AGB dürfen aber nicht dazu führen, dass infolge standardisierter Verträge zwischen den Unternehmen kein Wettbewerb mehr besteht. Nach Meinung der Verfasserin ist der Staat zudem gefordert, dafür zu sorgen, dass AGB dem Konsumenten nicht jegliche Möglichkeit, den Inhalt von Verträgen zu gestalten, entziehen.

In der Folge widmet sich JUNOD MOSER dem Problem der fehlenden Markttransparenz. Der frei ausgehandelte Vertragsschluss ist in der Praxis fiktiv. Zur Aufweichung des Grundsatzes von Offerte und Annahme hat auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend die Übernahme von AGB geführt. Wer unterschreibt, die AGB gelesen zu haben, muss die Fiktion gelten lassen, dass er die AGB tatsächlich gelesen hat. Gemäss der Autorin ist diese Rechtsprechung aber insofern inkonsequent, als sie nicht anerkennt, dass AGB nicht dafür da sind, um gelesen zu werden. Die Unklarheitsregel (in dubio contra proferentem) ist nach Ansicht der Autorin eine zu schwache Korrektur. Entscheidend ist das Informationsdefizit des Konsumenten. Die Asymmetrie des Informationsstandes ist das eigentlich Problematische an AGB. Die Unklarheitsregel vermag diese Asymmetrie des Informationsstandes nicht zu beheben. Der Konsument benötigt einen raschen Zugriff auf Informationen, welche einen Vergleich zwischen verschiedenen Angeboten ermöglichen. Diese Markttransparenz ist auch Thema des Wettbewerbsrechts, weshalb Ausführungen zu Art. 8 UWG folgen. Anders als im deutschen Recht genügt fehlende Transparenz alleine nicht, um eine Unlauterkeit im Sinne des UWG festzustellen. Dass AGB nur unlauter sind, wenn sie eine Irreführung beinhalten, bildet dafür eine zu grosse Hürde. Nach Meinung der Autorin schafft es die aktuelle Rechtslage deshalb nicht, dem Konsumenten seine Souveränität zurückzugeben. Dazu sind parallel zwei Massnahmen notwendig. Zum Einen ist die genügende Information der Konsumenten sicherzustellen, zum Anderen muss erreicht werden, dass die Gerichte eine inhaltliche Kontrolle der Ausgewogenheit des Vertrages durchführen können. Noch immer ist im schweizerischen Recht umstritten, ob der Richter eine Inhaltskontrolle von

AGB vornehmen kann, oder ob er bloss über die Gültigkeit von AGB befinden kann. Die Autorin bedauert, dass Rechtsprechung und Gesetzgeber die offene Inhaltskontrolle mehrheitlich ablehnen. Anders als sämtliche Rechtsordnungen der umliegenden Länder wird in der Schweiz die spezielle Natur von AGB zu wenig zur Kenntnis genommen. Zur Stützung dieser These analysiert JUNOD MOSER weitere Rechtsbehelfe aus dem OR und ZGB. Ob der Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB zur Kontrolle von AGB Anwendung findet, ist völlig offen. Der Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung gemäss Art. 27 ZGB sowie Art. 19 und 20 OR bilden für die AGB-Kontrolle ebenfalls sehr hohe Hürden. Der Zufall gesetzgeberischer Tätigkeit hat nach Ansicht der Autorin in der Schweiz dazu geführt, dass sich die einzige ausdrückliche gesetzliche Bestimmung betreffend AGB im UWG und nicht im OR oder in einem Spezialgesetz befindet. Neben den einschränkenden Voraussetzungen der Anwendbarkeit von Art. 8 UWG kommt hinzu, dass auch die Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Bestimmung unklar sind.

Die Autorin kommt zum Schluss, dass das OR, das ZGB, das UWG und auch das Kartellrecht keinen adäquaten Schutz im Bereich AGB liefern. Die Konkurrenz auf dem Markt ist der Motor der Marktwirtschaft und der frei ausgehandelte Vertrag ist das Instrument zur Ausübung des Wettbewerbs. Er soll der optimalen Verteilung von Ressourcen dienen. In diesem System sind die AGB ein störender Faktor, unabhängig davon, dass sie unzweifelhaft praktischen Zwecken dienen. Tatsache ist, dass Verträge unterschrieben werden, ohne die AGB zu lesen. Im Vertrauen darauf werden sehr einseitige AGB verfasst. Der oft unverständliche Text, die unleserlich kleine Schrift und die grosse Zahl von Vertragsklauseln zeigen, dass AGB auch gar nicht dafür da sind, um gelesen zu werden. Auf Kosten der Konsumenten wird jeglicher Verhandlungsspielraum ausgeschlossen und es besteht eine latente Machtmissbrauchsgefahr. Bei der Verwendung von AGB unter Geschäftsleuten sieht die Autorin hingegen keinen negativen Einfluss auf den Markt, denn hier könne die entsprechende Aufmerksamkeit vorausgesetzt werden. Es fragt sich, ob diese Aussage in ihrer Pauschalität richtig ist.

Nicht das UWG, sondern das OR wäre nach Ansicht der Autorin der richtige Ort zur Regelung der AGB. Die genügende Information des Konsumenten muss mittels staatlichem Eingriff wieder hergestellt werden. Ein solcher Eingriff steht nach Meinung der Autorin im Einklang mit den Prinzipien der freien Marktwirtschaft. Eine inhaltliche Kontrolle von AGB ist notwendig, so lange keine Markttransparenz herrscht. Die Autorin zweifelt aber daran, dass sich in absehbarer Zeit die Lage in dem von ihr erhofften Sinne verbessert. Entgegen der Situation in der EU fehle es dem schweizerischen Gesetzgeber und den Gerichten am Willen, sich der besonderen Natur der AGB anzunehmen.

Mit ihrer Arbeit leistet die Autorin einen wertvollen Beitrag zur theoretischen Erfassung und Analyse von AGB. Umfassend werden ökonomische und verschiedene rechtliche Aspekte analysiert und geprüft. Weniger Nutzen bietet das Werk hingegen demjenigen, der zum Beispiel beim Verfassen von AGB rechtlichen Rat bei praktischen Einzelproblemen sucht.

*Marc Schwenninger, Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Zürich*