

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur zweiten Auflage..... V
Vorwort zur ersten Auflage VI
InhaltsverzeichnisVII
AbkürzungsverzeichnisXVII
Literaturverzeichnis XXXI

Erster Teil: Grundlagen.....1

§ 1 Einführung in das Recht der AGB1
I. Relevanz, Funktionen und Rechtsnatur der AGB;
Missbrauchsgefahr und Schutzbedürftigkeit des Kunden 1
1. Die faktische Relevanz und die Funktionen der AGB.....1
2. Die Rechtsnatur der AGB in normativer und soziologischer
Sicht.....2
3. Die Missbrauchsgefahr5
4. Die Schutzbedürftigkeit des Kunden7
5. Präzisierungen zur Schutzbedürftigkeit 13
II. Ansatzpunkte einer AGB-Kontrolle..... 15
1. Mögliche Kontrollmodelle 15
2. Wo setzt die richterliche AGB-Kontrolle an? 17
§ 2 Geschichtliche und rechtsvergleichende Hinweise.....23
I. Rechtsgeschichte.....23
II. Rechtsvergleichung.....24
1. Deutschland25
2. Österreich (unter Einbezug von Liechtenstein)30
3. Italien.....33
4. Frankreich.....34
**§ 3 Europarechtliche Grundlagen der AGB-Kontrolle;
AGB-Kontrolle nach dem UN-Kaufrecht und nach
internationalen Restatements des Vertragsrechts.....38**
I. Die Klausel-Richtlinie der EU vom 5.4.199338
II. Der Entwurf der EU-Kommission zu einer Verordnung
über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL)
vom 11.10.201143
III. UN-Kaufrecht (CISG).....45

| | | |
|--------------------------|---|-----------|
| IV. | Internationale Restatements zum Vertragsrecht (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts [PICC] sowie Principles of European Contract Law [PECL]) | 49 |
| § 4 | Kurzer geschichtlicher Rückblick auf die Entwicklung des schweizerischen AGB-Rechts; Würdigung des <i>status quo</i> | 52 |
| I. | Die Judikatur des Bundesgerichts zur Ungewöhnlichkeitsregel: Verdeckte Inhaltskontrolle..... | 52 |
| II. | Keine offene Inhaltskontrolle durch das Bundesgericht; die lauterkeitsrechtliche Reaktion des Gesetzgebers | 53 |
| III. | Gesamtwürdigung des schweizerischen Wegs einer AGB-Inhaltskontrolle über das Lauterkeitsrecht | 56 |
| § 5 | Grundbegriffe des schweizerischen AGB-Rechts..... | 58 |
| I. | Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Individualabrede? | 58 |
| 1. | Der Begriff der AGB | 58 |
| 2. | Der Begriff der Individualabrede | 63 |
| II. | Vollübernahme oder Globalübernahme von AGB? | 64 |
| III. | Das Zusammenspiel von AGB, Individualabrede, Vollübernahme und Globalübernahme im Rahmen der Konsenskontrolle | 68 |
| IV. | Die Begriffe des Konsumenten und des Unternehmers | 69 |
| 1. | Allgemeines | 69 |
| 2. | Der Begriff des Konsumenten | 70 |
| 3. | Der Begriff des Unternehmers..... | 72 |
| Zweiter Teil: | | |
| | Kontrollinstrumente des schweizerischen AGB-Rechts..... | 73 |
| § 6 | Überblick über die AGB-Kontrollinstrumente | 73 |
| I. | Gesetzliche Ausgangslage..... | 73 |
| II. | Die einzelnen AGB-Kontrollinstrumente | 74 |
| 1. | Konsenskontrolle..... | 75 |
| 2. | Auslegungskontrolle..... | 76 |
| 3. | Gültigkeitskontrolle..... | 76 |
| 4. | Offene Inhaltskontrolle..... | 77 |
| III. | Tragweite des Transparenzgebots | 78 |
| IV. | Reihenfolge der AGB-Kontrolle..... | 80 |
| § 7 | Konsenskontrolle..... | 81 |
| I. | Allgemeines | 81 |
| 1. | Zweck und Inhalt der Konsenskontrolle..... | 81 |
| 2. | Spezialgesetzliche Sonderregeln | 82 |

| | | |
|------|--|-----|
| II. | Rechtsgeschäftliche Einbeziehung der AGB (insb. Zugänglichkeitsregel)..... | 87 |
| 1. | Formen der Einbeziehung..... | 87 |
| a. | Ausdrückliche und konkludente (stillschweigende) Einbeziehung..... | 87 |
| b. | Globalübernahme und ihre Schranken | 89 |
| aa. | Globalübernahme und Vollübernahme..... | 89 |
| bb. | Zugänglichkeitsregel und Ungewöhnlichkeitsregel als Schranken..... | 90 |
| 2. | Massgebender Zeitpunkt der Einbeziehung..... | 93 |
| a. | Einbeziehung vor bzw. bei Vertragsschluss..... | 93 |
| b. | Einbeziehung nach Vertragsschluss (nachgeschobene AGB).... | 96 |
| c. | Änderung oder Neufassung von AGB | 97 |
| 3. | Deutlicher Hinweis auf AGB | 101 |
| a. | Anforderung an die Deutlichkeit..... | 102 |
| b. | Schriftlicher und (fern-)mündlicher Vertragsschluss | 107 |
| c. | Aushang statt Hinweis | 109 |
| d. | Konkludente Verweisung..... | 111 |
| 4. | Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme | 112 |
| a. | Zugänglichkeit der AGB als Konsenserfordernis | 112 |
| b. | Möglichkeit der Kenntnisnahme (Verfügbarkeit)..... | 116 |
| c. | Zumutbarkeit der Kenntnisnahme..... | 119 |
| d. | Schriftlicher und (fern-)mündlicher Vertragsschluss | 124 |
| 5. | Transparenzgebot | 127 |
| a. | Verständlichkeit..... | 129 |
| aa. | Textgestaltung (Übersichtlichkeit und Erkennbarkeit)..... | 129 |
| bb. | Umfang der AGB | 130 |
| cc. | Verwendung von Fachausdrücken..... | 131 |
| dd. | Verweisung auf gesetzliche und weitere Vorschriften | 133 |
| ee. | Staffelverweisungen | 136 |
| b. | Lesbarkeit der AGB | 138 |
| 6. | Sprache der AGB..... | 140 |
| 7. | Beweisfragen und Rechtsfolge | 144 |
| a. | Beweisfragen..... | 144 |
| b. | Rechtsfolge | 147 |
| III. | Wichtige Einzelfälle der Einbeziehung von AGB | 151 |
| 1. | Einbeziehung von AGB im elektronischen Geschäftsverkehr (E-Commerce) | 151 |
| a. | Rechtsgeschäftliche Vereinbarung und massgebender Zeitpunkt | 151 |
| b. | Deutlicher Hinweis | 154 |

| | | |
|------|--|-----|
| c. | Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme | 156 |
| aa. | Verfügbarkeit | 156 |
| bb. | Technische Vorkehrungen | 160 |
| cc. | Klauseltransparenz | 162 |
| d. | Sprache | 165 |
| e. | Besonderheiten im unternehmerischen Geschäftsverkehr (b2b) | 168 |
| 2. | Einbeziehung von ungewöhnlichen Klauseln (Ungewöhnlichkeitsregel) | 169 |
| a. | Grundlage und Grundsatz | 169 |
| b. | Entstehungsgeschichte und Anwendungsbereich | 171 |
| c. | Voraussetzungen im Einzelnen | 172 |
| aa. | Subjektive Ungewöhnlichkeit | 174 |
| bb. | Objektive Ungewöhnlichkeit | 176 |
| cc. | Besondere Hervorhebung – tatsächliche Kenntnis | 182 |
| d. | Rechtsprechungsübersicht | 184 |
| e. | Verwendung von Vertragsfloskeln | 187 |
| f. | Rechtsfolge und Beweis | 188 |
| 3. | Einbeziehung von Gerichtsstands- und Schiedsklauseln | 189 |
| a. | Funktion, Rechtsnatur und Geltung von Gerichtsstandsklauseln | 189 |
| b. | Gerichtsstandsklauseln in AGB im nationalen Geschäftsverkehr | 192 |
| aa. | Willenseinigung (Konsens) | 192 |
| aaa. | Vertrauensprinzip | 192 |
| bbb. | Klarheit und Deutlichkeit | 194 |
| ccc. | Zugänglichkeit der Gerichtsstandsklausel in AGB | 197 |
| ddd. | Ungewöhnlichkeit der Gerichtsstandsklausel in AGB | 199 |
| eee. | Weitergeltung der «typographischen» Rechtsprechung? | 200 |
| bb. | Zwingende Gerichtsstände der ZPO | 204 |
| cc. | Formvorschriften gemäss ZPO | 205 |
| c. | Gerichtsstandsklauseln in AGB im Anwendungsbereich des IPRG | 210 |
| d. | Gerichtsstandsklauseln in AGB im Anwendungsbereich des LugÜ | 213 |
| e. | Schiedsklauseln in AGB | 218 |
| 4. | Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr (b2b) | 220 |
| a. | Rechtsgeschäftliche Vereinbarung (insb. Zugänglichkeitsregel) | 220 |
| b. | Deutlicher Hinweis | 222 |

| | | |
|------------|--|------------|
| c. | Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme | 224 |
| aa. | Erkundigungs- und Verschaffungsobliegenheit | 224 |
| bb. | Klauseltransparenz | 228 |
| d. | Stillschweigende Einbeziehung (Wissen-Müssen als Regel?) | 230 |
| e. | Laufende Geschäftsverbindung | 231 |
| f. | Branchenüblichkeit | 233 |
| g. | AGB im kaufmännischen Bestätigungsschreiben | 236 |
| h. | AGB in der Auftragsbestätigung | 240 |
| i. | Sprache | 241 |
| j. | Ungewöhnlichkeitsregel | 244 |
| k. | Battle of the Forms | 244 |
| § 8 | Auslegungskontrolle | 248 |
| I. | Allgemeines | 248 |
| 1. | Begriff und Einordnung der Auslegungskontrolle | 248 |
| 2. | AGB-Auslegung als Individualkontrolle | 248 |
| 3. | Individuell-konkrete vs. generell-abstrakte Auslegung | 252 |
| 4. | Besondere Auslegungsgrundsätze | 256 |
| II. | Vorrang der Individualabrede | 257 |
| 1. | Grundsatz und Anwendungsbereich | 257 |
| 2. | Beweis und Rechtsfolge | 260 |
| 3. | Grundlage und Rechtfertigung | 261 |
| 4. | Abgrenzung Individualabrede vs. AGB | 262 |
| 5. | Anwendungsfälle | 263 |
| 6. | Vermeidung von Widersprüchen | 265 |
| 7. | Vertretungsmacht und Bestätigungsvorbehaltsklauseln | 266 |
| III. | Unklarheitenregel | 268 |
| 1. | Grundsatz | 268 |
| 2. | Grundlage und Rechtfertigung | 269 |
| 3. | Anwendungsbereich und Voraussetzungen | 272 |
| a. | Anwendungsbereich | 272 |
| b. | Mehrdeutiger Klauselinhalt – Subsidiäre Geltung | 273 |
| c. | Einseitig gestellte AGB-Klausel | 275 |
| d. | Kundenfreundliche Variante | 276 |
| 4. | Anwendungsbeispiele | 277 |
| 5. | Rechtsfolge und Verhältnis zur Inhaltskontrolle | 280 |
| a. | Kundenfreundlichste Auslegung der Unklarheitenregel | 280 |
| b. | Vorrang der kundenfeindlichsten Auslegung der Inhaltskontrolle | 281 |
| 6. | Kritik | 282 |
| 7. | Weitere Regeln für Zweifelsfälle | 283 |

| | |
|---|------------|
| IV. Gesetzeskonforme Auslegung (inklusive Restriktionsprinzip)..... | 284 |
| 1. Prinzip und Teilgehalte..... | 284 |
| 2. Restriktionsprinzip | 285 |
| 3. Vorrangregel bei mehrdeutigen Klauseln..... | 286 |
| 4. Wiederholung von Gesetzesbestimmungen..... | 286 |
| 5. Kritik | 287 |
| V. Vertraglich vereinbarte Auslegungsregeln..... | 287 |
| § 9 Gültigkeitskontrolle | 289 |
| I. Allgemeines | 289 |
| II. Relevante Einzelbestimmungen | 290 |
| § 10 Die offene Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG (2011) | 296 |
| I. Die historische Entwicklung von Art. 8 UWG | 296 |
| 1. Die Entstehung von Art. 8 UWG (1986)..... | 296 |
| 2. Die Kritik an Art. 8 UWG (1986)..... | 297 |
| 3. Die Revision von Art. 8 UWG (1986)..... | 298 |
| 4. Der Vergleich von Art. 8 UWG (1986) und Art. 8 UWG (2011).... | 300 |
| II. Die intertemporale Anwendung von Art. 8 UWG (2011)..... | 301 |
| 1. Ab 1. Juli 2012 vertraglich vereinbarte bzw. verwendete AGB | 301 |
| 2. Vor dem 1. Juli 2012 verwendete bzw. vertraglich vereinbarte AGB..... | 302 |
| III. Die internationalprivatrechtliche Anwendung von Art. 8 UWG (2011)..... | 306 |
| IV. Stand des AGB-Rechts in der Europäischen Union und seine Bedeutung für die Schweiz | 308 |
| 1. Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen | 308 |
| 2. Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 93/13/EWG | 310 |
| a. Leitsätze aus den EuGH-Entscheidungen mit vorwiegend prozessualer Ausrichtung | 310 |
| b. Leitsätze aus den EuGH-Entscheidungen mit vorwiegend materiellrechtlicher Ausrichtung..... | 316 |
| c. Stand der EuGH-Rechtsprechung mit vorwiegend prozessualer Ausrichtung | 324 |
| d. Stand der EuGH-Rechtsprechung mit vorwiegend materiellrechtlicher Ausrichtung..... | 380 |
| 3. Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die Schweiz..... | 479 |
| 4. Weitere Erkenntnisquellen | 481 |
| V. Der Normzweck | 482 |

| | |
|---|-----|
| VI. Die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 8 UWG (2011) | 482 |
| 1. Die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen | 483 |
| 2. Das Erfordernis eines erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten | 485 |
| a. «Vorsehen» oder «Verursachen» eines Missverhältnisses durch AGB? | 486 |
| b. Feststellung des Missverhältnisses zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten | 487 |
| aa. Entstehungsgeschichte | 487 |
| bb. Die Feststellung des «Missverhältnisses» als Grundvoraussetzung der Unlauterkeit von AGB | 488 |
| cc. Gesetzesmaterialien | 488 |
| dd. Die Regeln der vertraglichen Lückenfüllung als Referenzrahmen | 489 |
| c. Die «Erheblichkeit» des Missverhältnisses | 491 |
| d. Wann ist ein erhebliches Missverhältnis «ungerechtfertigt»? | 493 |
| aa. Ausgangslage vor dem Hintergrund des Unionsrechts | 493 |
| bb. Helvetischer Sonderfall? | 495 |
| aaa. Allgemeines | 495 |
| bbb. Kompensation nachteiliger AGB mit vorteilhaften Vertragsbestimmungen | 497 |
| ccc. Umfang und Grenzen der Kompensation | 497 |
| e. Ergebnis | 499 |
| 3. Das Erfordernis der «Treuwidrigkeit» eines (erheblichen und ungerechtfertigten) Missverhältnisses zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten | 500 |
| a. Ausgangslage | 500 |
| b. Die Auslegung des Begriffs der «Treuwidrigkeit» | 502 |
| 4. Missverhältnis zum Nachteil des Konsumenten | 505 |
| a. Neue Ausgangslage für KMU | 505 |
| b. Der Begriff des «Konsumenten» | 506 |
| VII. Rechtsfolge | 511 |
| VIII. Prüfungsraster zur offenen Inhaltskontrolle von AGB | 514 |
| IX. Die neue Bestimmung von Art. 8a UWG | 516 |
| 1. Entstehungsgeschichte | 516 |
| 2. Anwendungsbereich | 518 |
| 3. Tatbestandsvoraussetzungen | 518 |
| a. Buchung von Beherbergungsdienstleistungen | 518 |
| b. Betreiber einer Online-Buchungsplattform | 519 |

| | |
|--|------------|
| c. Einschränkung der Vertragskonditionen durch AGB..... | 520 |
| aa. Allgemeines..... | 520 |
| bb. Vertragsbedingungen für den Erwerb von Beherbergungsdienstleistungen..... | 521 |
| cc. Einschränkung der Vertragsfreiheit durch Paritätsklauseln..... | 522 |
| d. Missbräuchlichkeit der Verwendung von Paritätsklauseln?..... | 524 |
| 4. Rechtsfolge..... | 526 |
| 5. Bewertung der neuen Bestimmung von Art. 8a UWG..... | 526 |
| Dritter Teil: Einzelfragen des schweizerischen AGB-Rechts | 529 |
| § 11 Das Verhältnis der Ungewöhnlichkeitsregel zur offenen Inhaltskontrolle von Art. 8 UWG (2011) | 529 |
| I. Nicht-Konsument als AGB-Übernehmer..... | 529 |
| II. Konsument als AGB-Übernehmer | 530 |
| § 12 Klage eines AGB-Verwenders gegen andere AGB-Verwender | 532 |
| § 13 Verbandsklagen (Konsumentenschutzorganisationen) und Klagen des Bundes | 533 |
| § 14 Potentiell problematische AGB..... | 538 |
| I. Schranken des zwingenden Rechts (Gültigkeitskontrolle)..... | 538 |
| 1. Gerichtsstandsklauseln für Konsumenten..... | 539 |
| 2. Haftungsausschluss- und Haftungsbeschränkungsklauseln..... | 539 |
| II. Klauseln über die einseitige Abänderung von AGB oder anderen Vertragsbestimmungen | 542 |
| III. Klauseln über die automatische Vertragsverlängerung..... | 547 |
| IV. Klauseln über die kostenpflichtige Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungspflicht (Garantieverlängerung)..... | 551 |
| V. Klauseln über die Zinspflicht auf dem Gesamtschuldbetrag trotz erfolgter Teilzahlung..... | 552 |
| VI. Klauseln über den partiellen Verzicht auf das Bankkundengeheimnis | 553 |
| 1. Grundlagen | 553 |
| 2. Konsenskontrolle..... | 557 |
| 3. Gültigkeitskontrolle..... | 559 |
| 4. Auslegungskontrolle..... | 559 |
| 5. Offene Inhaltskontrolle..... | 560 |
| VII. Klauseln über die Bekanntgabe von Kundendaten an Dritte | 561 |
| VIII. Klauseln über den einseitigen Verzicht auf das Verrechnungsrecht | 565 |
| IX. Genehmigungs- und Zustellungsfiktionsklauseln | 566 |
| X. Klauseln über das Einhalten der gebuchten Reiseroute bei Flugreisen..... | 571 |

| | |
|--|------------|
| § 15 Kartellrechtliche Kontrolle von AGB | 574 |
| I. Allgemeines | 574 |
| II. Wettbewerbsbeschränkende Abreden mittels AGB? | 574 |
| 1. Tatbestandsvoraussetzungen | 574 |
| 2. Beurteilung im Hinblick auf AGB..... | 577 |
| 3. Ergebnis..... | 581 |
| III. Missbräuchliche Durchsetzung von AGB durch marktherrschende Unternehmen..... | 581 |
| 1. Tatbestandsvoraussetzungen | 581 |
| 2. Beurteilung unter dem Gesichtspunkt von AGB | 583 |
| 3. Ergebnis..... | 588 |
| Anhang: | 589 |
| Rechtsvergleichende Bestimmungen zum AGB-Recht..... | 589 |
| I. RL 93/13/EWG | 589 |
| II. §§ 305–310 BGB | 598 |
| III. Principles of International Commercial Contracts (PICC)..... | 606 |
| IV. Principles of European Contract Law (PECL)..... | 611 |
| Entscheidregister | 613 |
| 1. Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts | 613 |
| a. Amtlich publizierte Bundesgerichtsentscheide | 613 |
| b. Nicht amtlich publizierte Bundesgerichtsentscheide..... | 619 |
| 2. Entscheide des Gerichtshofes der Europäischen Union | 624 |
| Stichwortverzeichnis | 637 |