

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort .....</b>	<b>V</b>
<b>Inhaltsverzeichnis .....</b>	<b>VII</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>XVII</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>XXIX</b>
<b>Erster Teil: Grundlagen.....</b>	<b>1</b>
<b>§ 1 Einführung in das Recht der AGB .....</b>	<b>1</b>
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 Missbrauchsgefahr .....	4
4. Die Schutzbedürftigkeit des Kunden .....	6
5. Präzisierungen zur Schutzbedürftigkeit .....	10
II. Ansatzpunkte einer AGB-Kontrolle.....	12
1. Mögliche Kontrollmodelle.....	12
2. Wo setzt die richterliche AGB-Kontrolle an? .....	14
<b>§ 2 Geschichtliche und rechtsvergleichende Hinweise.....</b>	<b>18</b>
I. Rechtsgeschichte .....	18
II. Rechtsvergleichung .....	19
1. Deutschland .....	19
2. Österreich (unter Einbezug von Liechtenstein) .....	23
3. Italien .....	26
4. Frankreich .....	27
<b>§ 3 Europarechtliche Grundlagen der AGB-Kontrolle; AGB- Kontrolle nach dem UN-Kaufrecht und nach internationalen Restatements des Vertragsrechts.....</b>	<b>30</b>
I. Die Klausel-Richtlinie der EU .....	30
II. Der Entwurf der EU-Kommission zu einer Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL).....	33
III. UN-Kaufrecht.....	36
IV. Internationale Restatements zum Vertragsrecht (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts [PICC] sowie Principles of European Contract Law [PECL]).....	40
<b>§ 4 Kurzer geschichtlicher Rückblick auf das schweizerische AGB-Recht.....</b>	<b>43</b>
I. Die Judikatur des Bundesgerichts zur Ungewöhnlichkeitsregel .....	43

II.	Keine offene Inhaltskontrolle durch das Bundesgericht; die lauterkeitsrechtliche Reaktion des Gesetzgebers .....	44
<b>§ 5</b>	<b>Grundbegriffe des schweizerischen AGB-Rechts.....</b>	<b>48</b>
I.	Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Individualabrede? .....	48
1.	Der Begriff der AGB .....	48
2.	Der Begriff der Individualabrede.....	53
II.	Vollübernahme oder Globalübernahme von AGB? .....	54
III.	Das Zusammenspiel von AGB, Individualabrede, Vollübernahme und Globalübernahme im Rahmen der Konsenskontrolle .....	58
IV.	Die Begriffe des Konsumenten und des Unternehmers .....	59
1.	Allgemeines .....	59
2.	Der Begriff des Konsumenten .....	60
3.	Der Begriff des Unternehmers.....	62
<b>Zweiter Teil: Kontrollinstrumente des schweizerischen AGB-Rechts.....</b>		<b>63</b>
<b>§ 6</b>	<b>Überblick über die AGB-Kontrollinstrumente .....</b>	<b>63</b>
I.	Gesetzliche Ausgangslage.....	63
II.	Die einzelnen AGB-Kontrollinstrumente.....	64
1.	Konsenskontrolle .....	65
2.	Auslegungskontrolle .....	65
3.	Gültigkeitskontrolle .....	66
4.	Offene Inhaltskontrolle.....	66
III.	Tragweite des Transparenzgebots .....	68
IV.	Reihenfolge der AGB-Kontrolle .....	69
<b>§ 7</b>	<b>Konsenskontrolle.....</b>	<b>70</b>
I.	Allgemeines .....	70
1.	Zweck und Inhalt der Konsenskontrolle .....	70
2.	Spezialgesetzliche Normen.....	71
II.	Rechtsgeschäftliche Einbeziehung der AGB (insb. Zugänglichkeitsregel).....	73
1.	Formen der Einbeziehung.....	73
a.	Ausdrückliche und konkludente (stillschweigende) Einbeziehung.....	73
b.	Globalübernahme und ihre Schranken .....	74
2.	Massgebender Zeitpunkt der Einbeziehung.....	77
a.	Einbeziehung vor bzw. bei Vertragsschluss .....	77
b.	Einbeziehung nach Vertragsschluss (nachgeschobene AGB) .....	79
c.	Änderung oder Neufassung von AGB.....	81
3.	Deutlicher Hinweis auf AGB.....	83
a.	Anforderung an die Deutlichkeit .....	84
b.	Schriftlicher und (fern-)mündlicher Vertragsschluss .....	87
c.	Aushang statt Hinweis.....	89

d. Konkludente Verweisung .....	90
4. Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme .....	91
a. Zugänglichkeit der AGB als Konsenserfordernis .....	91
b. Möglichkeit der Kenntnisnahme (Verfügbarkeit) .....	94
c. Zumutbarkeit der Kenntnisnahme .....	97
d. Schriftlicher und (fern-)mündlicher Vertragsschluss .....	99
5. Transparenzgebot .....	101
a. Verständlichkeit .....	102
aa. Textgestaltung (Übersichtlichkeit und Erkennbarkeit) .....	102
bb. Umfang der AGB .....	103
cc. Verwendung von Fachausdrücken .....	104
dd. Verweisung auf gesetzliche Vorschriften .....	105
ee. Staffelverweisungen .....	107
b. Lesbarkeit der AGB .....	108
6. Sprache der AGB .....	110
7. Beweisfragen und Rechtsfolge .....	113
a. Beweisfragen .....	113
b. Rechtsfolge .....	115
III. Wichtige Einzelfälle der Einbeziehung von AGB .....	117
1. Einbeziehung von AGB im elektronischen Geschäftsverkehr (E-Commerce) .....	117
a. Rechtsgeschäftliche Vereinbarung und massgebender Zeitpunkt .....	117
b. Deutlicher Hinweis .....	118
c. Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme .....	119
aa. Verfügbarkeit .....	119
bb. Technische Vorkehrungen .....	122
cc. Klauseltransparenz .....	123
d. Sprache .....	126
e. Besonderheiten im unternehmerischen Geschäftsverkehr (b2b) .....	127
2. Einbeziehung von ungewöhnlichen Klauseln (Ungewöhnlichkeitsregel) .....	129
a. Grundlage und Grundsatz .....	129
b. Entstehungsgeschichte und Anwendungsbereich .....	130
c. Voraussetzungen im Einzelnen .....	131
aa. Schwächere oder geschäftlich unerfahrenere Partei .....	132
bb. Subjektive Ungewöhnlichkeit .....	134
cc. Objektive Ungewöhnlichkeit .....	134
dd. Besondere Hervorhebung – tatsächliche Kenntnis .....	137
d. Rechtsprechungsübersicht .....	139
e. Verwendung von Vertragsfloskeln .....	142
f. Rechtsfolge und Beweis .....	142

3. Einbeziehung von Gerichtsstands- und Schiedsklauseln .....	143
a. Funktion und Rechtsnatur von Gerichtsstandsklauseln .....	143
b. Gerichtsstandsklauseln im nationalen Geschäftsverkehr .....	145
aa. Willenseinigung .....	145
aaa. Zugänglichkeit der AGB .....	145
bbb. Ungewöhnlichkeit der Gerichtsstandsklausel in AGB .....	146
ccc. Anforderungen an die Gestaltung der AGB .....	147
ddd. Weitergeltung der Rechtsprechung zur «typographischen» Gestaltung von AGB? .....	149
bb. Zwingende Gerichtsstände der ZPO .....	150
cc. Formvorschriften gemäss ZPO .....	151
c. Gerichtsstandsklauseln im Anwendungsbereich des IPRG .....	155
d. Gerichtsstandsklauseln im Anwendungsbereich des LugÜ .....	157
e. Schiedsklauseln .....	160
4. Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr (b2b) .....	162
a. Rechtsgeschäftliche Vereinbarung .....	162
b. Deutlicher Hinweis .....	163
c. Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme .....	165
aa. Erkundigungsobliegenheit der Gegenpartei? .....	165
bb. Klauseltransparenz .....	167
d. Wissen-Müssen als Regel? .....	168
e. Laufende Geschäftsverbindung .....	170
f. Branchenüblichkeit .....	171
g. AGB im kaufmännischen Bestätigungsschreiben .....	173
h. AGB in der Auftragsbestätigung .....	176
i. Sprache .....	177
j. Ungewöhnlichkeitsregel .....	178
k. Battle of the Forms .....	178
<b>§ 8 Auslegungskontrolle .....</b>	<b>181</b>
I. Allgemeines .....	181
1. Begriff und Einordnung der Auslegungskontrolle .....	181
2. AGB-Auslegung als Individualkontrolle .....	181
3. Individuell-konkrete vs. generell-abstrakte Auslegung .....	184
4. Besondere Auslegungsgrundsätze .....	188
II. Vorrang der Individualabrede .....	189
1. Bedeutung des Vorrangs .....	189
2. Abgrenzung Individualabrede vs. AGB .....	192
3. Anwendungsfälle .....	193
4. Individualabrede ohne Vollmacht? .....	194
III. Unklarheitenregel .....	196

1. Prinzip und Funktion .....	196
2. Subsidiäre Geltung.....	199
3. Anwendungsbeispiele .....	200
4. Rechtsfolge .....	202
5. Kritik.....	203
6. Weitere Regeln für Zweifelsfälle.....	204
IV. Gesetzeskonforme Auslegung (inklusive Restriktionsprinzip).....	205
1. Prinzip und Teilgehalte.....	205
2. Restriktionsprinzip.....	205
3. Vorrangsregel bei mehrdeutigen Klauseln.....	206
4. Wiederholung von Gesetzesbestimmungen.....	206
5. Kritik.....	207
V. Vertraglich vereinbarte Auslegungsregeln.....	207
<b>§ 9 Gültigkeitskontrolle .....</b>	<b>210</b>
I. Allgemeines .....	210
II. Relevante Einzelbestimmungen .....	211
<b>§ 10 Die offene Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG (2011) .....</b>	<b>216</b>
I. Die historische Entwicklung von Art. 8 UWG .....	216
1. Die Entstehung von Art. 8 UWG (1986).....	216
2. Die Kritik an Art. 8 UWG (1986).....	217
3. Die Revision von Art. 8 UWG (1986).....	218
4. Der Vergleich von Art. 8 UWG (1986) und Art. 8 UWG (2011).....	220
II. Die intertemporale Anwendung von Art. 8 UWG (2011).....	221
1. Ab 1. Juli 2012 vertraglich vereinbarte bzw. verwendete AGB .....	221
2. Vor dem 1. Juli 2012 verwendete bzw. vertraglich vereinbarte AGB.....	222
III. Die internationalprivatrechtliche Anwendung von Art. 8 UWG (2011).....	226
IV. Stand des AGB-Rechts in der Europäischen Union und seine Bedeutung für die Schweiz .....	228
1. Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen .....	228
2. Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 93/13/EWG .....	230
a. Leitsätze aus den EuGH-Entscheidungen mit vorwiegend prozessualer Ausrichtung .....	231
b. Leitsätze aus den EuGH-Entscheidungen mit vorwiegend materiellrechtlicher Ausrichtung.....	234
c. Stand der EuGH-Rechtsprechung mit vorwiegend prozessualer Ausrichtung .....	239
aa. Océano Grupo Editorial SA/Quintero Cofidis.....	239
bb. Cofidis/Fredout .....	239
cc. Freiburger Kommunalbauten GmbH/Hofstetter .....	240

dd.	Ynos/Varga .....	241
ee.	Mostaza/Centro Móvil Milenium .....	242
ff.	Pannon/Sustikné Győrfi .....	242
gg.	Asturcom/Rodriguez Nogueira .....	244
hh.	Pénzügyi/Schneider .....	245
ii.	Hypoteční banka/Lindner .....	246
jj.	Banif Plus Bank/Csipai .....	248
kk.	Jőrös/Aegon Magyarország Hitel .....	249
ll.	Asociación de Consumidores/Anuntis Segundamano España .....	251
mm.	Pohotovost’/Vašuta .....	253
nn.	Barclays Bank/Sánchez García & Chacón Barrera .....	254
oo.	Sánchez Morcillo & Abril García/Banco Bilbao .....	256
pp.	Baczó & Vizsnyiczai/Raiffeisen Bank Zrt .....	257
qq.	ERSTE Bank Hungary Zrt./Attila Sugár .....	258
rr.	Bank BBVA SA /Peñalva López, López Durán, Fernández Gabarro .....	259
ss.	Finanmadrid EFC SA/Albán Zambrano et al .....	260
d.	Stand der EuGH-Rechtsprechung mit vorwiegend materiellrechtlicher Ausrichtung .....	261
aa.	Cape Snc/Idealservice Srl und Idealservice MN RE Sas/ OMAI Srl .....	261
bb.	EG-Kommission/Spanien .....	262
cc.	Caja de Ahorros/Ausbanc .....	263
dd.	Pereničová & Perenič/SOS finans .....	264
ee.	Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Távközlési .....	265
ff.	Banco Español de Crédito/Calderón Camino .....	267
gg.	Mohamed Aziz/Catalunyacaixa .....	269
hh.	RWE Vertrieb AG/Verbraucherzentrale Nordrhein- Westfalen .....	271
ii.	Asbeek Brusse & de Man Garabito/Jahani BV .....	273
jj.	Constructora Principado SA/Menéndez Álvarez .....	275
kk.	Kásler/Jelzálogbank .....	277
ll.	Kušionová/SMART Capital .....	279
mm.	Šiba/Devénas .....	280
nn.	Unicaja Banco/Hidalgo Rueda .....	281
oo.	Matei/SC Volksbank România SA .....	282
pp.	Van Hove/CNP Assurances SA .....	283
qq.	Costea/Volksbank România SA .....	285
3.	Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die Schweiz .....	286
4.	Weitere Erkenntnisquellen .....	289
V.	Der Normzweck .....	289
VI.	Die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 8 UWG (2011) .....	290

1. Die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen.....	291
2. Das Erfordernis eines erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten.....	293
a. «Vorsehen» oder «Verursachen» eines Missverhältnisses durch AGB?.....	293
b. Feststellung des Missverhältnisses zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten .....	294
aa. Entstehungsgeschichte .....	294
bb. Die Feststellung des «Missverhältnisses» als Grundvoraussetzung der Unlauterkeit von AGB .....	295
cc. Gesetzesmaterialien .....	295
dd. Die Regeln der vertraglichen Lückenfüllung als Referenzrahmen.....	296
c. Die «Erheblichkeit» des Missverhältnisses .....	298
d. Wann ist ein erhebliches Missverhältnis «ungerechtfertigt»? ...	301
aa. Ausgangslage vor dem Hintergrund des Unionsrechts .....	301
bb. Helvetischer Sonderfall? .....	302
aaa. Allgemeines .....	302
bbb. Kompensation nachteiliger AGB mit vorteilhaften Vertragsbestimmungen .....	304
ccc. Umfang und Grenzen der Kompensation .....	305
e. Ergebnis.....	306
3. Das Erfordernis der «Treuwidrigkeit» eines (erheblichen und ungerechtfertigten) Missverhältnisses zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten.....	308
a. Ausgangslage .....	308
b. Die Auslegung des Begriffs der «Treuwidrigkeit».....	309
4. Missverhältnis zum Nachteil des Konsumenten .....	313
a. Neue Ausgangslage für KMU .....	313
b. Der Begriff des «Konsumenten» .....	314
VII. Rechtsfolge .....	319
VIII. Prüfungsraster zur offenen Inhaltskontrolle von AGB.....	321
<b>Dritter Teil: Einzelfragen des schweizerischen AGB-Rechts .....</b>	<b>325</b>
<b>§ 11 Das Verhältnis der Ungewöhnlichkeitsregel zur offenen Inhaltskontrolle von Art. 8 UWG (2011) .....</b>	<b>325</b>
I. Nicht-Konsument als AGB-Übernehmer .....	325
II. Konsument als AGB-Übernehmer .....	326
<b>§ 12 Klage eines AGB-Verwenders gegen andere AGB-Verwender .....</b>	<b>328</b>
<b>§ 13 Verbandsklagen (Konsumentenschutzorganisationen) und Klagen des Bundes .....</b>	<b>330</b>

<b>§ 14 Potentiell problematische AGB</b>	<b>335</b>
I. Schranken des zwingenden Rechts (Gültigkeitskontrolle)	335
1. Gerichtsstandsklauseln für Konsumenten	336
2. Haftungsausschluss- und Haftungsbeschränkungsklauseln	336
II. Klauseln über die einseitige Abänderung von AGB oder anderen Vertragsbestimmungen	339
III. Klauseln über die automatische Vertragsverlängerung	344
IV. Klauseln über die kostenpflichtige Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungspflicht (Garantieverlängerung)	348
V. Klauseln über die Zinspflicht auf dem Gesamtschuldbetrag trotz erfolgter Teilzahlung	349
VI. Klauseln über den partiellen Verzicht auf das Bankkündengeheimnis	350
1. Grundlagen	350
2. Konsenskontrolle	354
3. Gültigkeitskontrolle	355
4. Auslegungskontrolle	356
5. Offene Inhaltskontrolle	357
VII. Klauseln über die Bekanntgabe von Kundendaten an Dritte	358
VIII. Klauseln über den einseitigen Verzicht auf das Verrechnungsrecht	362
IX. Genehmigungs- und Zustellungsfiktionsklauseln	363
X. Klauseln über das Einhalten der gebuchten Reiseroute bei Flugreisen	368
<b>§ 15 Kartellrechtliche Kontrolle von AGB</b>	<b>371</b>
I. Allgemeines	371
II. Wettbewerbsbeschränkende Abreden mittels AGB?	371
1. Tatbestandsvoraussetzungen	371
2. Beurteilung im Hinblick auf AGB	374
3. Ergebnis	378
III. Missbräuchliche Durchsetzung von AGB durch marktbeherrschende Unternehmen	378
1. Tatbestandsvoraussetzungen	378
2. Beurteilung unter dem Gesichtspunkt von AGB	381
3. Ergebnis	385
<b>Anhang:</b>	<b>387</b>
<b>Rechtsvergleichende Bestimmungen zum AGB-Recht</b>	<b>387</b>
I. RL 93/13/EWG	387
II. §§ 305-310 BGB	395
III. Principles of International Commercial Contracts (PICC)	402
IV. Principles of European Contract Law (PECL)	408



V. Auszug aus dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht.....	409
<b>Entscheidregister .....</b>	<b>415</b>
Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts .....	415
a. Amtlich publizierte Bundesgerichtsentscheide .....	415
b. Nicht amtlich publizierte Bundesgerichtsentscheide.....	420
<b>Entscheide des Gerichtshofes der Europäischen Union .....</b>	<b>423</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>427</b>