

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von S.K. Alexander, R. Arnet Gantner, P. Breitschmid,
A. Büchler, H.C. von der Crone, A. Heinemann, H. Heiss, R.M. Hilty, C. Huguenin,
D. Jakob, P. Nobel, W. Portmann, A.K. Schnyder, R. Sethe, H.U. Vogt, R.H. Weber

Justyna Buser-Gora

Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	III
Inhaltsverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
Literaturverzeichnis	XXVII
Materialienverzeichnis.....	XLIII
Einleitung	1
Übersicht und Eingrenzung	3
1. Kapitel: Grundlagen des AGB-Rechts.....	5
I. AGB – Begriff und Wesen.....	5
1. Begriffsbestimmung	5
A. Grundsätzliches	5
B. Vertragsbedingungen	5
C. Vorformulierung	6
D. Vielzahl von Verträgen.....	6
2. Rechtscharakter von AGB	7
A. Geltungsumfang von AGB	7
B. AGB und Gesetzesrecht.....	7
a) Vorbemerkung	7
b) Qualifizierung als objektives Recht.....	7
c) Privatautonome Rechtssetzung.....	8
d) Fazit	8
3. Funktion von AGB	9
A. Rationalisierung.....	9
B. Verlagerung von Geschäftsrisiken	9
C. Spezialisierung.....	10
4. Erscheinungsformen von AGB.....	10
A. Vorbemerkung.....	10
B. Einzelvertrag.....	11
C. Rahmenvertrag.....	11

D. Änderungsvertrag	11
5. Kontrolle von AGB	11
A. Kontext	11
B. Vertragsrechtliche Kontrolle von AGB	13
a) Grundsätzliches	13
b) Einbeziehungskontrolle	13
c) Auslegungskontrolle.....	13
d) Inhaltskontrolle.....	13
C. Kontrollfunktion des Kartellrechts	14
II. Konsumentenvertrag – Begriff und Abgrenzung.....	15
1. Konsument	15
A. Im internationalen Recht.....	15
B. In nationalen Rechtsordnungen	15
2. Anbieter.....	16
A. Vorbemerkung.....	16
B. Im internationalen Recht.....	16
C. In nationalen Rechtsordnungen	17
3. Fazit.....	17
III. Subjektive Anknüpfungskriterien im Bereich der AGB- Kontrolle.....	18
1. Grundsätzliches	18
2. Konsumenten.....	19
3. Unternehmer.....	19
4. Theorie von der strukturellen Differenz	20
5. Erfordernis einer einzelfallorientierten Betrachtung	21
IV. Rechtliche Rahmenbedingungen	21
1. Tendenzen in der modernen Rechtsfortbildung.....	21
A. Rechtsvereinheitlichung	21
a) Grundsätzliches	21
b) Vorteile	22
c) Mechanismen der Rechtsvereinheitlichung.....	23
d) Umsetzungsprobleme	24
B. Rechtsharmonisierung	25
C. Fazit	25
2. Gegenwärtiger Normenbestand	26
A. CISG	26
a) Grundsätzliches	26
b) Anwendungsbereich	27

aa)	Grenzüberschreitender Kaufvertrag	27
bb)	Ausschluss von Verbraucherverträgen	28
c)	Entwicklungen	29
B.	Haager Übereinkommen von 1955	30
C.	EKÜ	31
a)	Grundsätzliches zum E-Commerce	31
aa)	Begriffliches	31
bb)	Direkter und indirekter E-Commerce	31
b)	Hintergrund des EKÜ	32
aa)	Rechtsprobleme des internationalen E-Commerce	32
bb)	Streben nach Rechtssicherheit	32
c)	Anwendungsbereich	33
aa)	Internationaler Sachverhalt	33
bb)	Ausschluss von Verbraucherverträgen	34
d)	EKÜ und Verwendung von AGB	35
e)	Verhältnis zwischen CISG und EKÜ	36
D.	UNIDROIT Principles	36
a)	Soft law als Mittel der Rechtsvereinheitlichung	36
b)	Wesen und Ziele der UNIDROIT Principles	37
c)	Anwendungsbereich	38
d)	Verweisung auf die UNIDROIT Principles	39
aa)	Kollisionsrechtliche Verweisung	39
bb)	Materiellrechtliche Verweisung	40
e)	Legislatorische Umsetzung der UNIDROIT Principles	40
E.	Fazit	41
2. Kapitel:	Einbeziehungskontrolle	43
I.	Allgemeine Bemerkungen	43
1.	Einbeziehungskontrolle als selbständiger Untersuchungsgegenstand	43
2.	Funktion der Einbeziehungskontrolle	43
3.	Korrelative Problemfelder	43
II.	Anwendbares Recht	44
1.	Allgemeine Bemerkungen	44
2.	CISG	44
3.	Unvereinheitlichtes Recht	45

III.	Einbeziehungskriterien des CISG.....	46
1.	AGB als Bestandteil des Angebots.....	46
2.	Anforderungen an ein wirksames Angebot	46
3.	Einbeziehungswille des AGB-Verwenders.....	47
	A. Grundsätzliches	47
	B. AGB-Hinweis	48
4.	Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme	49
	a) Grundsätzliches	49
	b) Übersendung.....	49
	c) Anderweitiges Zugänglichmachen	50
	d) Erkundigungspflicht des AGB-Adressaten.....	50
	aa) Problemstellung.....	50
	bb) Kritik	51
	cc) Befürwortung	51
	dd) Eigene Stellungnahme.....	52
5.	Nachträgliche Einbeziehung von AGB	53
	A. Vorbemerkung.....	53
	B. Änderungsbefugnis nach Art. 29 CISG	53
	C. Änderungswille.....	54
6.	Ergänzende Einbeziehungskriterien	54
	A. Grundsätzliches	54
	B. Gebräuche.....	55
	a) Begriff und Wesen	55
	b) Rolle bei der Einbeziehung von AGB	56
	c) Verbindlichkeit von Incoterms-Vereinbarungen.....	56
	C. Gepflogenheiten.....	57
	a) Begriff und Wesen	57
	b) Rolle bei der Einbeziehung von AGB	57
	aa) Grundsätzliches	57
	bb) Standpunkt der Rechtsprechung.....	58
	cc) Eigene Stellungnahme.....	59
7.	Kaufmännisches Bestätigungsschreiben	60
	A. Allgemeine Bemerkungen	60
	B. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben im deutschen Recht.....	61
	a) Geltungsgründe.....	61
	b) Erscheinungsformen und Wirkung	61
	c) Abgrenzung von der Auftragsbestätigung	62

C.	Konstitutivwirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens nach dem CISG	62
a)	Allgemeine Bemerkungen	62
aa)	Bestehen einer Regelungslücke	62
bb)	Lückenfüllung nach dem Konsensprinzip	63
b)	Konstitutivwirkung nach dem Konsensprinzip	63
c)	Erweiterte Auslegung des Art. 18 Abs. 2 CISG	64
d)	Analoge Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 2 CISG	65
e)	Subjektive Anknüpfungskriterien	65
aa)	Abbedingung der Art. 14 ff. CISG	66
bb)	Gepflogenheiten	66
cc)	Internationale Handelsbräuche	66
dd)	Späteres Verhalten des Empfängers	67
D.	Handhabung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens in den UNIDROIT Principles	68
a)	Allgemeine Bemerkungen	68
b)	Ergänzung des Vertragsinhalts	68
c)	Annahme unter Modifikationen	69
E.	Eigene Stellungnahme	70
F.	Vorgehen in der handelsrechtlichen Praxis	70
8.	Sprache der AGB	71
A.	Allgemeine Bemerkungen	71
B.	Kriterien zur Ermittlung der relevanten Sprache	71
a)	Grundsatz	71
b)	Verhandlungssprache	71
c)	Vertragssprache	72
d)	Ergänzende Kriterien	72
e)	An- und Abwesenheit der Parteien	73
f)	Fazit	73
C.	Nachfrageobliegenheit des AGB-Empfängers	73
a)	Grundsätzliches	73
b)	Standpunkt der Rechtsprechung	74
D.	Selbständiges Sprachstatut	74
E.	Frage der sog. Weltsprachen	75
a)	Verwendung einer der sog. Weltsprachen in AGB	75
aa)	Grundsätzliches	75
bb)	Eigene Stellungnahme	75

b)	Abweichung von der Verhandlungssprache.....	76
F.	Handhabung des Sprachproblems im CISG	77
9.	Fazit.....	77
IV.	Einbeziehung von AGB in elektronisch abgeschlossene Verträge.....	78
1.	Anwendbares Recht.....	78
A.	Allgemeine Bemerkungen	78
B.	Relevanz des EKÜ.....	79
C.	Anwendungsvoraussetzungen des CISG im Lichte des EKÜ.....	79
a)	Niederlassung der Vertragspartner.....	79
b)	Warenbegriff.....	80
c)	Erkennbarkeit von Konsumentenkäufen	80
D.	Der elektronische Vertragsschluss nach dem EKÜ.....	81
a)	Äquivalenz der elektronischen Form mit der Schriftform	81
b)	Qualifikation als elektronisches Angebot	81
aa)	Grundsätzliches	81
bb)	Bedeutung für die Einbeziehung von AGB	82
c)	Zeit der Abgabe und des Zugangs einer Willenserklärung	83
d)	Korrektur der Eingabefehler.....	83
2.	Voraussetzungen für eine wirksame Einbeziehung von AGB im elektronischen Geschäftsverkehr	84
A.	Allgemeine Bemerkungen	84
B.	Hinweis auf die AGB.....	84
C.	Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme.....	85
a)	Grundsätzliches	85
b)	Milderung der Einbeziehungsvoraussetzungen	85
c)	Verneinung einer zumutbaren Kenntnisnahme von AGB im E-Commerce	86
aa)	Problemstellung.....	86
bb)	Eigene Stellungnahme.....	86
d)	Fazit.....	88
D.	Annahme der AGB	88
3.	Sprache der AGB im E-Commerce	88
4.	Fazit.....	89
V.	AGB-Kollision	90
1.	Problemstellung.....	90

2.	Kriterien für das Vorliegen einer AGB-Kollision.....	91
	A. Allgemeine Bemerkungen	91
	B. Inhaltlicher Widerspruch	91
	C. Umfang der Modifikationen	92
	D. Rechtscharakter des AGB-Hinweises.....	92
3.	AGB-Kollision und Arten von Standardklauseln	93
4.	Kollisionssituationen	94
	A. Typische AGB-Kollision	94
	B. Modifizierte Auftragsbestätigung	94
	C. Versteckte AGB-Kollision	94
5.	Anwendbares Recht.....	95
6.	Anwendbarkeit des Art. 19 CISG.....	96
	A. Regelungsbereich.....	96
	a) Allgemeine Bemerkungen	96
	b) Abweichung der Annahme vom Angebot.....	96
	c) Grundregeln.....	97
	d) Wesentliche und unwesentliche Abweichungen	98
	aa) Beurteilungskriterien.....	98
	bb) Rechtscharakter der Aufzählung in Art. 19 Abs. 3 CISG	99
	e) Vertragsschluss	99
	aa) Bei wesentlicher Abweichung.....	99
	bb) Bei unwesentlicher Abweichung.....	100
	f) Besondere Grundsätze für die Einbeziehung von AGB.....	100
	aa) Einseitige Verwendung von AGB.....	100
	bb) Beiderseitige Verwendung von AGB	101
	cc) Verwendung von Ausschliesslichkeitsklauseln	101
	B. Bewertung der Theorie des letzten Wortes	102
	a) Allgemeine Bemerkungen	102
	b) Ausserachtlassen des Parteiwillens	102
	c) Unklarer Vertragsinhalt.....	103
	d) Kein Vertrauensverhältnis zwischen Vertragsparteien.....	103
7.	Alternative und ergänzende Lösungsansätze.....	103
	A. Allgemeine Bemerkungen	103
	B. Entwicklungstendenzen	104
	C. AGB-Kollision als Regelungslücke im CISG	104

a)	Grundannahmen	104
b)	Bewertung.....	105
D.	Restgültigkeitstheorie (knock out rule)	105
a)	Grundannahmen	105
b)	Exkurs: UNCITRAL-Entwürfe zur Lösung der AGB-Kollision	106
c)	Rechtsgrundlage der Restgültigkeitstheorie	107
aa)	Heranziehung des Art. 9 CISG	108
bb)	Gebräuche und Gepflogenheiten gem. Art. 9 Abs. 1 CISG	108
cc)	Internationale Handelsbräuche gem. Art. 9 Abs. 2 CISG	108
dd)	Ausschluss der CISG-Vorschriften nach Art. 6 CISG	109
ee)	Vorrang des Parteiwillens nach Art. 8 CISG.....	110
d)	Eigene Stellungnahme	111
E.	Rückgriff auf das Gebot von Treu und Glauben.....	111
a)	Allgemeine Bemerkungen	111
b)	Handhabung in der Praxis (sog. Milchpulverfall).....	112
aa)	Sachverhalt.....	112
bb)	Vorgehen des BGH.....	112
F.	Aussergesetzliche Regelwerke und nationales Recht.....	113
a)	UNIDROIT Principles.....	113
aa)	Allgemeine Bemerkungen.....	113
bb)	Lösung der AGB-Kollision	113
b)	AGB-Kollision nach UCC.....	114
aa)	Grundsätzliches	115
bb)	Vertragsinhalt	115
cc)	Reformvorschläge	116
8.	Vertragsschluss bei abweichenden AGB nach CISG.....	116
A.	Konsens der Vertragsparteien	116
a)	Beiderseitige Verwendung von AGB.....	117
b)	Einseitige Verwendung von AGB.....	117
B.	Zeitpunkt des Vertragsschlusses	118
9.	Fazit.....	118
10.	Empfehlungen für die Praxis.....	119

3. Kapitel:	Auslegungskontrolle	121
I.	Funktion der Auslegungskontrolle.....	121
II.	Anwendbares Recht.....	121
	1. Anwendbarkeit des CISG	121
	2. Unvereinheitlichte Auslegungsmassstäbe	121
	A. Schaffung eines einheitlichen Kontrollsystems	121
	B. Regelungslücke im CISG	122
	3. Standpunkt der Rechtsprechung.....	123
III.	Auslegungskriterien nach Art. 8 CISG	123
	1. Vorbemerkung	123
	2. Wille des Erklärenden	124
	3. Sicht eines vernünftigen Dritten.....	124
	4. Sonstige erhebliche Umstände	125
IV.	Auslegungskriterien in den UNIDROIT Principles.....	126
	1. Allgemeine Bemerkungen	126
	2. Parteiwille und objektiver Empfängerhorizont	126
	3. Ergänzende Kriterien.....	127
	4. Lückenfüllung	127
V.	Besondere Regeln zur Auslegung von AGB.....	128
	1. Grundsätzliches	128
	2. Vorrang von Individualabreden	128
	3. Keine Beschränkung auf die konkreten Umstände.....	129
	4. Contra proferentem-Regel.....	129
	A. Vorbemerkung.....	129
	B. Geltungsgrund	130
	C. Praktische Bedeutung	130
	5. Auslegung von AGB nach den UNIDROIT Principles	131
VI.	Exkurs: Revisibilität der Auslegung von AGB	132
VII.	Fazit	133
4. Kapitel:	Inhaltskontrolle	135
I.	Funktion der Inhaltskontrolle	135
II.	Anwendbares Recht.....	135
	1. Keine Massgeblichkeit des CISG.....	135
	2. Ermittlung des anwendbaren unvereinheitlichten Rechts	136
	A. IPR des Forums	136

A.	Engste Verbindung.....	136
B.	Fazit	137
3.	Sonderanknüpfung der Inhaltskontrolle aus dogmatischer Sicht	137
4.	Verdeckte Inhaltskontrolle.....	138
III.	Inhaltskontrolle von AGB nach unvereinheitlichem Recht.....	139
1.	Inhaltskontrolle von AGB in der EG am Beispiel Deutschlands	139
A.	Integration des AGB-Rechts in das BGB	139
B.	Regelungstatbestand des § 307 BGB.....	140
a)	Allgemeine Bemerkungen	140
b)	Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	141
c)	Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB	141
d)	Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 BGB	142
aa)	Verstoß gegen das Gesetzesrecht	142
bb)	Verletzung vertraglicher Kardinalpflichten.....	143
cc)	Verhältnis zwischen § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB.....	143
e)	Umfang der Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB.....	144
C.	Heranziehung der §§ 308, 309 BGB im unternehmerischen Verkehr	144
D.	Rechtsfolgen	146
a)	Wegfall der rechtsmissbräuchlichen Klausel.....	146
b)	Unwirksamkeit des Vertrages	146
E.	Inhaltskontrolle von AGB im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr	147
2.	Common law-Inhaltskontrolle von AGB am Beispiel der USA.....	148
A.	Allgemeine Bemerkungen	148
a)	Rechtslage bis zum Erlass des UCC.....	148
b)	Kodifizierung der Inhaltskontrolle im UCC.....	148
B.	Anwendungsbereich des § 2-302 UCC.....	149
C.	Grundsätze der Inhaltskontrolle von AGB nach § 2- 302 UCC.....	150
a)	Unconscionability als Oberbegriff.....	150
b)	Arten der unconscionability.....	151

aa)	Procedural unconscionability	151
bb)	Substantive unconscionability	152
D.	Rechtsfolgen	152
a)	Grundsätzliches	152
b)	Kumulatives oder alternatives Vorliegen der beiden Arten von unconscionability	153
3.	Inhaltskontrolle von AGB in der Schweiz	153
A.	Gegenwärtiger Normenbestand	153
B.	Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG	154
a)	Anwendungsbereich	154
aa)	Vorbemerkung	154
bb)	Vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen	155
cc)	Erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Ordnung	155
dd)	Verteilung von Rechten und Pflichten im Widerspruch zur Vertragsnatur	155
ee)	Nachteil einer Vertragspartei	156
ff)	Irreführung	156
b)	Rechtsfolgen	157
C.	Anwendung der allgemeinen Vorschriften des OR	157
a)	Kontrollkriterien der Art. 19 und 20 OR	157
b)	Rechtsfolgen	158
D.	Ungewöhnlichkeitsregel	159
E.	Unklarheitenregel	160
F.	Revisionsbestrebungen	160
a)	Revision des UWG	160
b)	Exkurs: Unterbliebene Ergänzung des OR	161
aa)	Revision des KIG	161
bb)	Revision des VVG	162
4.	Fazit	163
5. Kapitel:	Kollisionsrechtliche Fragen im grenzüberschreitenden Handelsverkehr	165
I.	Gerichtsstandsvereinbarungen	165
1.	Allgemeine Bemerkungen	165
A.	Ziel	165
B.	Inhalt	165
C.	Rechtsnatur	166

D.	Forum shopping und CISG.....	166
2.	Rechtsquellen	167
A.	EuGVVO	167
B.	EuGVÜ	168
C.	LugÜ	169
D.	HGÜ.....	169
3.	Gerichtsstandsvereinbarungen nach LugÜ/EuGVVO im Einzelnen.....	170
A.	Grundsätzliches	170
B.	Allgemeine Voraussetzungen.....	170
a)	Wohnsitz in einem Mitgliedstaat	170
b)	Bestimmung der zuständigen Gerichtsbarkeit.....	171
c)	Bestehender oder künftiger Rechtsstreit.....	171
C.	Formerfordernisse.....	172
a)	Entwicklungen.....	172
b)	Schriftform im Besonderen	173
c)	Gerichtsstandsklauseln in Form von AGB	173
aa)	Allgemeine Bemerkungen	173
bb)	AGB-Hinweis.....	174
cc)	Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme	174
d)	Einbeziehung mittels eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens.....	175
aa)	Allgemeine Bemerkungen	175
bb)	Handelsbrauch im Besonderen.....	176
D.	Fremdsprachige Gerichtsstandsklauseln.....	177
E.	Wirkung	177
II.	Rechtswahlvereinbarungen.....	178
1.	Wesen und Inhalt	178
2.	Zulässigkeitskriterien	179
3.	Verhältnis zwischen Gerichtsstands- und Rechtswahlvereinbarungen	179
4.	Rechtswahl im Anwendungsbereich des CISG	180
A.	Unmittelbare Anwendbarkeit des CISG nach dem Kollisionsrecht.....	180
B.	Dispositiver Charakter des CISG.....	181
C.	Abwahl des CISG	182
a)	Gründe für die Abbedingung des CISG.....	182
b)	Arten der Rechtsabwahl	183
aa)	Ausdrückliche Abwahl	183

bb)	Stillschweigende Abwahl	183
cc)	Einseitige und beiderseitige Abwahl	184
c)	Ausschluss des CISG über AGB	185
aa)	Einbeziehung von Rechtswahlklauseln	185
bb)	Vollständiger und teilweiser Ausschluss	185
D.	Zuwahl des CISG.....	186
a)	Zulässigkeitskriterien	186
b)	Kollisionsrechtliche und materielle rechtliche Zuwahl.....	186
III.	Fazit	186
6. Kapitel:	Zusammenfassung in Thesen.....	189