

Dr. iur. Nadia Walker

**Kontrolle von Konsumenten-AGB
unter besonderer Berücksichtigung
der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG**



Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	XII
Kurzzusammenfassung	XXIV
Abkürzungsverzeichnis	XXVI
Literaturverzeichnis	XXXI
Materialienverzeichnis	LV
Teil 1: Allgemeines	1
A. Einleitung	1
B. Begriffe	2
C. Funktionen und Problematik der Konsumenten-AGB.....	17
D. Zwischenergebnis.....	28
Teil 2: Kontrolle der Konsumenten-AGB nach Obligationenrecht	30
A. Allgemeines	30
B. Einbezugskontrolle	31
C. Geltungskontrolle.....	43
D. Gültigkeitskontrolle	61

E. Auslegungskontrolle.....	65
F. Ergänzungskontrolle.....	74
G. Inhaltskontrolle.....	79
H. Zwischenergebnis.....	88

**Teil 3: Kontrolle der Konsumenten-AGB nach
Lauterkeitsrecht.....** 90

A. Grundlagen zum Lauterkeitsrecht.....	90
B. Allgemeines zu Art. 8 UWG	99
C. Tatbestandsmerkmale des Art. 8 UWG	114
D. Beispiele missbräuchlicher Klauseln nach Art. 8 UWG.....	151
E. Aktiv- und Passivlegitimation bei Art. 8 UWG.....	156
F. Rechtsfolgen von Art. 8 UWG.....	163
G. Zeitliche Anwendbarkeit von Art. 8 UWG	168
H. Zwischenergebnis.....	172

**Teil 4: Kontrolle der Konsumenten-AGB nach
weiteren Bestimmungen.....** 175

A. Kontrolle der Konsumenten-AGB nach VAG.....	175
--	-----

B.	Kontrolle der Konsumenten-AGB nach KIG.....	189
C.	Kontrolle der Konsumenten-AGB nach KG	194
D.	Weitere gesetzliche Bestrebungen	215
E.	Zwischenergebnis.....	219
Teil 5: Schlussbetrachtung.....		220
A.	Zusammenfassung.....	220
B.	Fazit.....	223

Inhaltsverzeichnis

Kurzzusammenfassung	XXIV
Abkürzungsverzeichnis	XXVI
Literaturverzeichnis	XXXI
Materialienverzeichnis	LV

Teil 1: Allgemeines 1

A. Einleitung..... 1

B. Begriffe 2

I. Konsument..... 2

II. Allgemeine Geschäftsbedingungen 4

1. Definition 4

a) Vorformuliert 6

b) Mehrfachverwendungsabsicht..... 8

c) Einseitig gestellt..... 9

2. Terminologie..... 11

3. Erscheinungsformen..... 12

4. Rechtsnatur 14

5. Inhalt 14

III. Konsumenten-AGB..... 15

C. Funktionen und Problematik der Konsumenten-AGB..... 17

I.	Wirtschaftlicher Hintergrund	17
1.	Bedeutung der AGB.....	17
2.	Funktionen der AGB.....	18
a)	Rationalisierungsfunktion.....	18
b)	Spezialisierungsfunktion.....	19
c)	Lückenfüllende Funktion.....	19
d)	Rechtssicherheitsfördernde Funktion.....	20
e)	Vereinheitlichungsfunktion.....	20
f)	Diktat-Funktion.....	21
g)	Risikouberwälzungsfunktion.....	21
II.	Problematik	22
1.	Verdrängung des dispositiven Rechts.....	22
2.	Beschränkung der Vertragsfreiheit.....	23
3.	Eingriff durch Gesetzgebung und Rechtsprechung.....	24
D.	Zwischenergebnis	28
Teil 2: Kontrolle der Konsumenten-AGB nach Obligationenrecht		30
A.	Allgemeines	30
B.	Einbezugskontrolle	31
I.	Begriff der Einbezugskontrolle	31
II.	Ausdrücklicher oder stillschweigender Einbezug	32
1.	Ausdrücklicher Einbezug.....	32
2.	Stillschweigender Einbezug.....	32

III. Zeitpunkt des Einbezugs.....	35
IV. Voll- und Globalübernahme.....	36
1. Vollübernahme.....	36
2. Globalübernahme.....	37
a) Grundsatz.....	37
b) Möglichkeit der zumutbaren vorgängigen Kenntnisnahme.....	38
V. Sonderfall: Battle of the forms.....	41
C. Geltungskontrolle.....	43
I. Begriff der Geltungskontrolle.....	43
II. Vorrang der Individualabreden.....	44
1. Prinzip des Vorrangs der Individualabreden.....	44
2. Rechtliche Fundierung.....	44
3. Anwendungsfälle.....	45
4. Sonderproblem: Frage der Vertretungsmacht.....	47
III. Ungewöhnlichkeitsregel.....	48
1. Begriff.....	48
2. Rechtliche Fundierung.....	48
a) Herkunft aus der Rechtsprechung.....	48
b) Rechtliche Einordnung in der Lehre.....	49
3. Anwendungsvoraussetzungen.....	51
a) Kriterium der subjektiven Ungewöhnlichkeit.....	51
aa) Schwacher oder geschäftsunerfahrener Kunde.....	52
bb) Weder schwacher noch geschäftsunerfahrener Kunde.....	53

cc) Aufklärungsobliegenheit des AGB-Verwenders	54
b) Kriterium der objektiven Ungewöhnlichkeit	56
4. Folgen der Ungewöhnlichkeit	57
5. Beispiele aus der Rechtsprechung	57
6. Kritik an der Praxis zur Ungewöhnlichkeitsregel	59
D. Gültigkeitskontrolle	61
I. Begriff der Gültigkeitskontrolle	61
II. Rechtsfolge	62
III. Beispiele	62
1. Haftungsausschlüsse	62
2. AGB-spezifische zwingende Bestimmungen im Miet- und Pachtrecht	64
E. Auslegungskontrolle	65
I. Begriff der Auslegungskontrolle	65
II. Kaskade der Auslegungsgrundsätze	66
III. Subjektive Auslegung	67
IV. Objektive Auslegung	67
V. Unklarheitenregel	69
1. Begriff	69
2. Rechtliche Fundierung	70
3. Rechtsfolge	71
4. Beispiel	71
5. Kritik an der Praxis zur Unklarheitenregel	72

F. Ergänzungskontrolle	74
I. Begriff der Ergänzungskontrolle	74
II. Abgrenzung zur Auslegungskontrolle	75
III. Vorgehen bei der Vertragsergänzung	76
1. Allgemeines Vorgehen	76
2. Besonderes Vorgehen bei AGB?	78
G. Inhaltskontrolle	79
I. Begriff der Inhaltskontrolle	79
II. Ablehnung einer offenen Inhaltskontrolle durch das Bundesgericht	80
III. Ansatzpunkte der Lehre für eine offene Inhaltskontrolle	81
1. Art. 2 Abs. 2 ZGB: Rechtsmissbrauchsverbot	82
2. Art. 71 Abs. 2 OR: Billiges Ermessen	83
3. Art. 21 OR: Übervorteilung	84
4. Art. 19 Abs. 2 OR: Rechts- und Sittenwidrigkeit	85
H. Zwischenergebnis	88
Teil 3: Kontrolle der Konsumenten-AGB nach Lauterkeitsrecht	90
A. Grundlagen zum Lauterkeitsrecht	90
I. Zweck des UWG	90
II. Geltungsbereich des UWG	91

1.	Persönlicher Geltungsbereich.....	91
2.	Sachlicher Geltungsbereich.....	92
3.	Örtlicher Geltungsbereich	93
III.	Aufbau des UWG	94
1.	Generalklausel.....	94
2.	Sondertatbestände	95
3.	Verhältnis der Generalklausel zu den Sondertatbeständen.....	96
a)	Grundsatz	96
b)	Verhältnis der Generalklausel zu Art. 8 UWG.....	97
B.	Allgemeines zu Art. 8 UWG	99
I.	Entstehungsgeschichte des Art. 8 UWG.....	99
1.	Art. 8 aUWG.....	99
2.	Vorentwurf zu Art. 8 UWG	100
a)	Überblick.....	100
b)	Art. 8 lit. a VE-UWG	101
c)	Art. 8 lit. b VE-UWG.....	101
d)	Kritik im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens	102
3.	Entwurf zu Art. 8 UWG	103
a)	Überblick.....	103
b)	Streichung des Adjektivs „vorformuliert“.....	104
c)	Übernahme des Verstosses gegen Treu und Glauben in den Ingress des Artikels	104
d)	Umformulierung zu "gesetzliche Ordnung".....	105
e)	Umformulierung zu "erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten"	105

f)	Kritik des Stände- und Nationalrates	106
4.	Eingeführter Kompromissvorschlag des Ständerates: Art. 8 UWG.....	107
a)	Kompromissvorschlag des Ständerates	107
b)	Kompromissvorschlag des Nationalrates	108
c)	Folge der Einigungskonferenz	108
II.	Normzweck des Art. 8 UWG.....	109
III.	Rechtsnatur der AGB-Kontrolle nach Art. 8 UWG.....	110
1.	Überblick.....	110
2.	Konkrete Rechtsnatur bei Klagen von Konsumenten	111
3.	Abstrakte Rechtsnatur bei Klagen der übrigen Aktivlegitimierten	112
IV.	Kritik an der Einordnung des Art. 8 UWG im Lauterkeitsrecht ...	113
C.	Tatbestandsmerkmale des Art. 8 UWG.....	114
I.	Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen	116
1.	Überblick.....	116
2.	Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	116
3.	Verwendung.....	118
a)	Verwenden	118
b)	Verwender.....	119
II.	Nachteil der Konsumenten	122
1.	Überblick.....	122
2.	Konsument	122
a)	Anlehnungsmöglichkeiten.....	122
b)	Konsumentenbegriff nach Art. 8 UWG	124

3.	Nachteil des Konsumenten.....	126
4.	Kritik an der Beschränkung auf Konsumenten	127
III.	Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten.....	129
1.	Überblick.....	129
a)	Verhältnis zwischen dem Verstoss gegen Treu und Glauben und der Erheblichkeit.....	129
b)	Verhältnis zwischen dem Verstoss gegen Treu und Glauben und der Ungerechtfertigkeit	131
c)	Vorgeschlagene Prüfungsreihenfolge	133
2.	Ungleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten	134
a)	Begriff der vertraglichen Rechte und Pflichten.....	134
b)	Ungleichgewicht	134
c)	Kompensation	136
aa)	Allgemein.....	136
bb)	Preiskompensation	138
3.	Erheblichkeit des Ungleichgewichts	140
a)	Referenzmassstab.....	140
b)	Erheblichkeit.....	141
4.	Verstoss gegen Treu und Glauben	143
a)	Gehalt von Treu und Glauben	143
aa)	Orientierung an Art. 2 UWG?.....	144
bb)	Orientierung am Erfordernis der Irreführung?	145
cc)	Orientierung an Art. 2 ZGB?	145
b)	Fallgruppen	148
aa)	Nutzlose Rechtsausübung bzw. fehlendes oder ungenügendes Interesse.....	149
bb)	Krasses Missverhältnis der Interessen.....	149
cc)	Widersprüchliches Verhalten	150

dd)	Zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstitutes.....	151
D.	Beispiele missbräuchlicher Klauseln nach Art. 8 UWG	151
I.	Klauselkatalog der EG-RL.....	151
II.	Missbräuchliche Klauseln nach Art. 8 UWG	153
E.	Aktiv- und Passivlegitimation bei Art. 8 UWG	156
I.	Aktivlegitimation.....	156
1.	Übrige Marktteilnehmer.....	156
2.	Konsumenten	157
3.	Berufs- und Wirtschaftsverbände.....	158
4.	Konsumentenschutzorganisationen.....	158
5.	Bund.....	160
II.	Passivlegitimation.....	162
F.	Rechtsfolgen von Art. 8 UWG.....	163
I.	Lauterkeitsrechtliche Rechtsfolgen	163
1.	Zivilrechtliche Rechtsbehelfe nach Art. 9 UWG	163
2.	Strafrechtliche Rechtsbehelfe?	165
II.	Vertragsrechtliche Rechtsfolgen	166
G.	Zeitliche Anwendbarkeit von Art. 8 UWG	168
I.	Grundsatz der Nichtrückwirkung	168
II.	Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtrückwirkung.....	170
III.	Keine Rückwirkung im Rahmen von Art. 8 UWG	171

H. Zwischenergebnis..... 172

**Teil 4: Kontrolle der Konsumenten-AGB nach
weiteren Bestimmungen..... 175**

A. Kontrolle der Konsumenten-AGB nach VAG 175

I. Allgemeines..... 175

II. Grundlagen zum VAG..... 176

1. Gegenstand und Zweck des VAG 176

2. Geltungsbereich des VAG..... 177

III. Präventive Verwaltungskontrolle von AVB..... 179

1. Begriff..... 179

2. Präventive Verwaltungskontrolle von AVB nach altem Recht 180

3. Präventive Verwaltungskontrolle von AVB nach geltendem
Recht 182

IV. Nachträgliche Verwaltungskontrolle von AVB 183

1. Begriff..... 183

2. Rechtsgrundlage..... 184

3. Voraussetzungen 185

4. Rechtsfolge 187

5. Kritik..... 187

B. Kontrolle der Konsumenten-AGB nach KIG..... 189

I. Allgemeines..... 189

II. Grundlagen zum KIG 190

III. Präventive AGB-Kontrolle durch privatrechtliche Vereinbarungen	191
IV. Präventive AGB-Kontrolle durch Verordnungen des Bundesrates	193
C. Kontrolle der Konsumenten-AGB nach KG	194
I. Allgemeines	194
II. Grundlagen zum KG	195
1. Gegenstand und Zweck des KG	195
2. Geltungsbereich des KG	196
III. Kontrolle unzulässig abgesprochener Konsumenten-AGB	198
1. Unzulässige Abrede über Konsumenten-AGB.....	198
a) Abrede.....	199
aa) Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen.....	200
bb) Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	202
b) Markt für bestimmte Waren oder Leistungen	203
c) Erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs	203
d) Rechtfertigung.....	205
2. Folgen unzulässiger Abreden über Konsumenten-AGB	206
IV. Kontrolle missbräuchlich erzwungener Konsumenten-AGB	208
1. Missbräuchliche Erzwingung unangemessener Konsumenten-AGB.....	208
a) Unternehmen.....	209
b) Relevanter Markt.....	209
c) Marktbeherrschende Stellung.....	210

d)	Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung	211
2.	Folgen der missbräuchlichen Erzwingung unangemessener Konsumenten-AGB.....	214
D.	Weitere gesetzliche Bestrebungen	215
I.	Bestrebungen im Rahmen des Erlasses des BEHG	215
II.	Bestrebungen im Rahmen der Revision des KIG	215
III.	Bestrebungen im Rahmen der Revision des VVG.....	217
E.	Zwischenergebnis.....	219
Teil 5: Schlussbetrachtung.....		220
A.	Zusammenfassung	220
B.	Fazit.....	223