

**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
<b>Teil 1: Allgemeines</b> .....	<b>1</b>
A. Einleitung .....	1
B. Begriffe .....	2
C. Funktionen und Problematik der Konsumenten-AGB.....	17
D. Zwischenergebnis.....	28
<b>Teil 2: Kontrolle der Konsumenten-AGB nach         Obligationenrecht</b> .....	<b>30</b>
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
<b>Teil 5: Schlussbetrachtung.....</b>		<b>220</b>
A.	Zusammenfassung.....	220
B.	Fazit.....	223

# Inhaltsverzeichnis

Kurzzusammenfassung .....	XXIV
Abkürzungsverzeichnis .....	XXVI
Literaturverzeichnis .....	XXXI
Materialienverzeichnis .....	LV

<b>Teil 1: Allgemeines</b> .....	1
<b>A. Einleitung</b> .....	1
<b>B. Begriffe</b> .....	2
<b>I. Konsument</b> .....	2
<b>II. Allgemeine Geschäftsbedingungen</b> .....	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
<b>III. Konsumenten-AGB</b> .....	15
<b>C. Funktionen und Problematik der Konsumenten-AGB</b> .....	17

<b>I.</b>	<b>Wirtschaftlicher Hintergrund</b> .....	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
<b>II.</b>	<b>Problematik</b> .....	22
1.	Verdrängung des dispositiven Rechts.....	22
2.	Beschränkung der Vertragsfreiheit.....	23
3.	Eingriff durch Gesetzgebung und Rechtsprechung.....	24
<b>D.</b>	<b>Zwischenergebnis</b> .....	28
<b>Teil 2: Kontrolle der Konsumenten-AGB nach Obligationenrecht</b> .....		30
<b>A.</b>	<b>Allgemeines</b> .....	30
<b>B.</b>	<b>Einbezugskontrolle</b> .....	31
<b>I.</b>	<b>Begriff der Einbezugskontrolle</b> .....	31
<b>II.</b>	<b>Ausdrücklicher oder stillschweigender Einbezug</b> .....	32
1.	Ausdrücklicher Einbezug.....	32
2.	Stillschweigender Einbezug.....	32

<b>III. Zeitpunkt des Einbezugs</b> .....	35
<b>IV. Voll- und Globalübernahme</b> .....	36
1. Vollübernahme.....	36
2. Globalübernahme.....	37
a) Grundsatz.....	37
b) Möglichkeit der zumutbaren vorgängigen Kenntnisnahme.....	38
<b>V. Sonderfall: Battle of the forms</b> .....	41
<b>C. Geltungskontrolle</b> .....	43
<b>I. Begriff der Geltungskontrolle</b> .....	43
<b>II. Vorrang der Individualabreden</b> .....	44
1. Prinzip des Vorrangs der Individualabreden.....	44
2. Rechtliche Fundierung.....	44
3. Anwendungsfälle.....	45
4. Sonderproblem: Frage der Vertretungsmacht.....	47
<b>III. Ungewöhnlichkeitsregel</b> .....	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
<b>D. Gültigkeitskontrolle .....</b>	<b>61</b>
<b>I. Begriff der Gültigkeitskontrolle .....</b>	<b>61</b>
<b>II. Rechtsfolge .....</b>	<b>62</b>
<b>III. Beispiele .....</b>	<b>62</b>
1. Haftungsausschlüsse .....	62
2. AGB-spezifische zwingende Bestimmungen im Miet- und Pachtrecht .....	64
<b>E. Auslegungskontrolle .....</b>	<b>65</b>
<b>I. Begriff der Auslegungskontrolle .....</b>	<b>65</b>
<b>II. Kaskade der Auslegungsgrundsätze .....</b>	<b>66</b>
<b>III. Subjektive Auslegung .....</b>	<b>67</b>
<b>IV. Objektive Auslegung .....</b>	<b>67</b>
<b>V. Unklarheitenregel .....</b>	<b>69</b>
1. Begriff .....	69
2. Rechtliche Fundierung .....	70
3. Rechtsfolge .....	71
4. Beispiel .....	71
5. Kritik an der Praxis zur Unklarheitenregel .....	72

<b>F. Ergänzungskontrolle</b> .....	74
<b>I. Begriff der Ergänzungskontrolle</b> .....	74
<b>II. Abgrenzung zur Auslegungskontrolle</b> .....	75
<b>III. Vorgehen bei der Vertragsergänzung</b> .....	76
1. Allgemeines Vorgehen.....	76
2. Besonderes Vorgehen bei AGB?.....	78
<b>G. Inhaltskontrolle</b> .....	79
<b>I. Begriff der Inhaltskontrolle</b> .....	79
<b>II. Ablehnung einer offenen Inhaltskontrolle durch das Bundesgericht</b> .....	80
<b>III. Ansatzpunkte der Lehre für eine offene Inhaltskontrolle</b> .....	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
<b>H. Zwischenergebnis</b> .....	88
<b>Teil 3: Kontrolle der Konsumenten-AGB nach Lauterkeitsrecht</b> .....	90
<b>A. Grundlagen zum Lauterkeitsrecht</b> .....	90
<b>I. Zweck des UWG</b> .....	90
<b>II. Geltungsbereich des UWG</b> .....	91

1.	Persönlicher Geltungsbereich.....	91
2.	Sachlicher Geltungsbereich.....	92
3.	Örtlicher Geltungsbereich .....	93
<b>III.</b>	<b>Aufbau des UWG .....</b>	<b>94</b>
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>B.</b>	<b>Allgemeines zu Art. 8 UWG .....</b>	<b>99</b>
<b>I.</b>	<b>Entstehungsgeschichte des Art. 8 UWG.....</b>	<b>99</b>
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
<b>II.</b>	<b>Normzweck des Art. 8 UWG.....</b>	<b>109</b>
<b>III.</b>	<b>Rechtsnatur der AGB-Kontrolle nach Art. 8 UWG.....</b>	<b>110</b>
1.	Überblick.....	110
2.	Konkrete Rechtsnatur bei Klagen von Konsumenten .....	111
3.	Abstrakte Rechtsnatur bei Klagen der übrigen Aktivlegitimierten .....	112
<b>IV.</b>	<b>Kritik an der Einordnung des Art. 8 UWG im Lauterkeitsrecht ...</b>	<b>113</b>
<b>C.</b>	<b>Tatbestandsmerkmale des Art. 8 UWG.....</b>	<b>114</b>
<b>I.</b>	<b>Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen .....</b>	<b>116</b>
1.	Überblick.....	116
2.	Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	116
3.	Verwendung.....	118
a)	Verwenden .....	118
b)	Verwender.....	119
<b>II.</b>	<b>Nachteil der Konsumenten .....</b>	<b>122</b>
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
<b>III.</b>	<b>Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten.....</b>	<b>129</b>
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
<b>D.</b>	<b>Beispiele missbräuchlicher Klauseln nach Art. 8 UWG .....</b>	<b>151</b>
<b>I.</b>	<b>Klauselkatalog der EG-RL.....</b>	<b>151</b>
<b>II.</b>	<b>Missbräuchliche Klauseln nach Art. 8 UWG .....</b>	<b>153</b>
<b>E.</b>	<b>Aktiv- und Passivlegitimation bei Art. 8 UWG .....</b>	<b>156</b>
<b>I.</b>	<b>Aktivlegitimation.....</b>	<b>156</b>
1.	Übrige Marktteilnehmer.....	156
2.	Konsumenten .....	157
3.	Berufs- und Wirtschaftsverbände.....	158
4.	Konsumentenschutzorganisationen.....	158
5.	Bund.....	160
<b>II.</b>	<b>Passivlegitimation.....</b>	<b>162</b>
<b>F.</b>	<b>Rechtsfolgen von Art. 8 UWG.....</b>	<b>163</b>
<b>I.</b>	<b>Lauterkeitsrechtliche Rechtsfolgen .....</b>	<b>163</b>
1.	Zivilrechtliche Rechtsbehelfe nach Art. 9 UWG .....	163
2.	Strafrechtliche Rechtsbehelfe? .....	165
<b>II.</b>	<b>Vertragsrechtliche Rechtsfolgen .....</b>	<b>166</b>
<b>G.</b>	<b>Zeitliche Anwendbarkeit von Art. 8 UWG .....</b>	<b>168</b>
<b>I.</b>	<b>Grundsatz der Nichtrückwirkung .....</b>	<b>168</b>
<b>II.</b>	<b>Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtrückwirkung.....</b>	<b>170</b>
<b>III.</b>	<b>Keine Rückwirkung im Rahmen von Art. 8 UWG .....</b>	<b>171</b>

**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**

<b>III. Präventive AGB-Kontrolle durch privatrechtliche Vereinbarungen</b> .....	191
<b>IV. Präventive AGB-Kontrolle durch Verordnungen des Bundesrates</b> .....	193
<b>C. Kontrolle der Konsumenten-AGB nach KG</b> .....	194
<b>I. Allgemeines</b> .....	194
<b>II. Grundlagen zum KG</b> .....	195
1. Gegenstand und Zweck des KG .....	195
2. Geltungsbereich des KG .....	196
<b>III. Kontrolle unzulässig abgesprochener Konsumenten-AGB</b> .....	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
<b>IV. Kontrolle missbräuchlich erzwungener Konsumenten-AGB</b> .....	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
<b>D. Weitere gesetzliche Bestrebungen .....</b>	<b>215</b>
<b>I. Bestrebungen im Rahmen des Erlasses des BEHG .....</b>	<b>215</b>
<b>II. Bestrebungen im Rahmen der Revision des KIG .....</b>	<b>215</b>
<b>III. Bestrebungen im Rahmen der Revision des VVG.....</b>	<b>217</b>
<b>E. Zwischenergebnis.....</b>	<b>219</b>
 <b>Teil 5: Schlussbetrachtung.....</b>	 <b>220</b>
<b>A. Zusammenfassung .....</b>	<b>220</b>
<b>B. Fazit.....</b>	<b>223</b>