

Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse

Abschnitt 2

Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

Amtlicher Hinweis:

Dieser Abschnitt dient auch der Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. EG Nr. L 95 S 29).

Vorbemerkungen zu §§ 305 ff

Schrifttum:

1. Zur Rechtslage vor Schaffung des AGB-Gesetzes: Großmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburger Universitätsreden, Heft 10, 1933; L Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935 (Neudruck 1961); Schmidt-Salzer, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, 1967; Wilh Weber, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1967; Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, 1971.

2. Zur AGB-Reform 1976: Bydlinski, Zur Einordnung der AGB im Vertragsrecht, FS Kastner, 1972, S 45; Gudian, Genehmigungspflicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZRP 1972, 147; Helm, Grundlagen einer normativen Theorie Allgemeiner Geschäftsbedingungen, FS Schnorr v Carolsfeld, 1972, S 125; v Hippel, Präventive Verwaltungskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen?, ZRP 1972, 110; Lindacher, Richterliche Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen und Schutzbedürftigkeit des Kunden, BB 1972, 296; M Rehbinder, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, 1972; Brandner, Wege und Zielvorstellungen auf dem Gebiet der AGB, JZ 1973, 613; Held, Verbraucherschutz gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB 1973, 573; v Hippel, Besserer Schutz des Verbrauchers vor unlauteren Geschäftsbedingungen, BB 1973, 993; Koch, Schutz vor unbilligen Geschäftsbedingungen, ZRP 1973, 89; Löwe, Der Stand der rechtspolitischen Diskussion um die AGB, BB 1973, 585; ders, Der Schutz des Verbrauchers vor AGB – eine Aufgabe für den Gesetzgeber, FS Larenz, 1973, S 373; M Rehbinder, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Recht im sozialen Rechtsstaat (Hrsg M Rehbinder), 1973, S 107; Reich/Tonner, Rechtstheoretische und rechtspolitische Überlegungen zum Problem der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 18, 1973, S 213; Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Bilanz und rechtspolitische Folgerungen, 1973; Dietlein, Neue Rechtsmaßstäbe für Allgemeine Geschäftsbedingungen?, NJW 1974, 969; ders, Neues Kontrollverfahren für Allgemeine Geschäftsbedingungen?, NJW 1974, 1065; Eith, Zum Schutzbedürfnis gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1974, 16; Hiddemann, Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze der Endverbraucher gegenüber AGB und Formularverträgen?, DRiZ 1974, 219; Kötz, Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber AGB und Formularverträgen?, Verh DJT 50 (1974) Gutachten A; Löwe, Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber AGB und Formularverträgen?, BB 1974, 1033; Nicklisch, Zum Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, BB 1974, 941; Pinger, Die rechtspolitische Diskussion über eine Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, MDR 1974, 705; Schulz, Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZRP 1974, 96; Ulmer, Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber AGB und Formularverträgen?, Verh DJT 50 (1974) H 8; Weber, Zur gesetzlichen Regelung der AGB, DB 1974, 1801; M Wolf, Vorschläge für eine gesetzliche Regelung der AGB, JZ 1974, 41; ders, Gesetz und Richterrecht bei AGB, JZ 1974, 465; Schlosser, Verfahrenskontrolle unangemessener AGB, ZRP 1975, 148; Leonardy, Das AGB-Gesetz: Kodifizierte Rechtsprechung oder verbesserter Verbraucherschutz?, Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Entwurf eines AGB-Gesetzes, DRiZ 1976, 108; Kühne, Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JR 1977, 133; Müller-Graff, Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1977, 245; Schmidt-Salzer, Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 129; Reinhard, Die AGB-Reform, 1979.

3. Zum AGB-Gesetz: Dietlein/Rebmann, AGB aktuell, 1976; Dittmann/Stahl, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1977; Koch/Stübing, AGB Kommentar, 1977; Löwe/v Westphalen/Trinkner, Kommentar zum AGB-Gesetz Bd 1, 1977; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, Kommentar zum AGB-Gesetz, 1977; Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. Aufl 1977; A Stein, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1977; Creutzig, Die Rechtsprechung zum AGB-Gesetz nach dem AGB-Register, DB 1979, 151; Fehl, Systematik des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1979; Hardieck, Die gerichtliche Entscheidungspraxis in Verfahren nach § 13 ABGB, BB 1979, 708, 1635; Forstmoser, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, FS Kummer, 1980, S 99; Schlosser, Kommentierung des AGB-Gesetzes, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 12. Aufl 1980; Bunte, Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz – eine Zwischenbilanz nach vier Jahren, AcP 181 (1981), 31; Hennig/Jarre, Die gerichtliche Entscheidungspraxis in Verfahren nach § 13 ABGB, BB 1981, 1161; Bunte, Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz, Band I–VI, 1982 ff; ders, Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1982; ders, Entwicklungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ein Erfahrungsbericht nach fünf Jahren AGB-Gesetz, DB Beil 13/1982; Seifert, Gerichtliche Entscheidungspraxis in Verfahren nach § 13 ABGB, BB 1982, 464; Ulmer, Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz, BB 1982, 584; Bohle/

Micklitz, Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz im nichtkaufmännischen Bereich, BB Beil 11/1983; Löwe/v Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGB-Gesetz, Band 2, 2. Aufl 1983; Gerlach, Kommentierung der §§ 13–22 AGB-Gesetz, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, AllgT, 2. Aufl 1984; Kötz, Kommentierung der §§ 1–12 und 23–30 AGB-Gesetz, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, AllgT, 2. Aufl 1984; Seifert, Die gerichtliche Entscheidungspraxis in Verfahren nach § 13 AGB-Gesetz, BB 1984, 880; Löwe/v Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGB-Gesetz, Band 3, Einzelklauseln und Klauselwerke, 2. Aufl 1985; v Hippel, Verbraucherschutzrecht, 3. Aufl 1986; Schlosser, Entwicklungstendenzen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZIP 1985, 449; Pflug, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986; Heinrichs/Löwe/Ulmer, (Hrsg), Zehn Jahre AGB-Gesetz, 1987; Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch. Mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 4. Aufl 1987; Rabe, Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr, NJW 1987, 1978; E Schmidt, Grundlagen und Grundzüge der Inzidentkontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz, JuS 1987, 929; Schlosser, 10 Jahre AGB-Gesetz, JR 1988, 1; Wolf/Pfeiffer, Rechtsprechungsübersicht zum AGB-Gesetz (Teil 1), JZ 1988, 388; (Teil 2), JZ 1988, 440; Beimowski, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, 1989; Hopt, Kommentierung des AGB-Gesetzes, in: Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 28. Aufl 1989; Werner, Kommentierung der §§ 12–30 AGB-Gesetz, in: Erman, BGB, 8. Aufl 1989; Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, Kommentar, 2. Aufl 1989; Bunte, Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz – EzAGBG, Lsbl, 1990; Grüneberg, Kommentierung des AGB-Gesetzes, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 77. Aufl 2018; Locher, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Aufl 1990; Schlünder, AGB-Gesetz in Leitsätzen, 1990; Nassall, Die Anwendung der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, JZ 1995, 689; Kapnopoulou, Das Recht der missbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union, 1997; v Hoyningen-Huene, Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991; Hensen, Zur Entstehung des AGB-Gesetzes, FS Heinrichs, 1998, S 335; Hensen, 20 Jahre AGB-Gesetz im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, FS Brandner, 1996, S 231; Wackerbarth, Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, AcP 200 (2000), 45.

Gesetzesmaterialien zum AGB-Gesetz und seinen wesentlichen Änderungen: Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, 1. Teilbericht, 1974; 2. Teilbericht, 1975; Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DB Beil 18/1974; Gesetzesentwurf der CDU/CSU, BT-Drucks 7/3200; Gesetzesvorlage der Bundesregierung und Gegenvorschlag des Bundesrats, BT-Drucks 7/3919; Antrag des Rechtsausschusses, BT-Drucks 7/5412; Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks 7/5422; Begründung zur Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat, BR-Drucks 443/1/76; Vorschlag des Vermittlungsausschusses, BT-Drucks 7/5636.

4. Zur Integration des AGB-Rechts in das BGB und zur Schaffung des UKlaG: Ulmer, in: Schulze/Schulte-Nölke, Schuldrechtsreform, S 215; Wolf/Pfeiffer, Der richtige Standort des AGB-Rechts innerhalb des BGB, ZRP 2001, 303; Ulmer, Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk, JZ 2001, 491; Schubel, Schuldrechtsreform: Perspektivenwechsel im Bürgerlichen Recht und AGB-Kontrolle für den Handelskauf, JZ 2001, 1113; v Westphalen, AGB-Recht ins BGB - Eine erste Bestandsaufnahme, NJW 2002, 12; Weick, Schuldrechtsreform, Transparenz und Gesetzgebungstechnik, JZ 2002, 442.

Gesetzesmaterialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz: Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, 1. Teilbericht, 1974; 2. Teilbericht, 1975; Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DB Beil 18/1974; Gesetzesentwurf der CDU/CSU, BT-Drucks 7/3200; Gesetzesvorlage der Bundesregierung und Gegenvorschlag des Bundesrats, BT-Drucks 7/3919; Antrag des Rechtsausschusses, BT-Drucks 7/5412; Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks 7/5422; Begründung zur Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat, BR-Drucks 443/1/76; Vorschlag des Vermittlungsausschusses, BT-Drucks 7/5636.

5. Zum AGB-Recht in den §§ 305 ff BGB und weiteren Reformüberlegungen: Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl 2003; Leuschner Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, AcP 207 (2007), 491; Hellwege Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, 2010; Berger, Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr, NJW 2010, 465; Ostendorf, Wirksame Wahl ausländischen Rechts auch bei fehlendem Auslandsbezug im Fall einer Schiedsgerichtsvereinbarung und ausländischem Schiedsort?, SchiedsVZ 2010, 234; Leuschner AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr, JZ 2010, 875; Becker, Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus teleologischer Sicht, JZ 2010, 1106; Leyens/Schäfer, Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen - Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, AcP 210 (2010), 771; Jansen, Klauselkontrolle im europäischen Privatrecht - ein Beitrag zur Revision des Verbraucheracquis, ZEuP 2010, 69; Micklitz, Reforming European unfair terms legislation in consumer contracts, ERCL 6 (2010), 347; Hösker, Maklerbedingungen und AGB-Recht, VersR 2011, 29; Kollmann, AGB: Nicht nur theoretische Probleme (in) der Praxis, NJOZ 2011, 625; Staudenmayer, Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, NJW 2011, 3491; v Westphalen, AGB-rechtliche Reformbestrebungen und das Europäische Kaufrecht, NJOZ 2012, 441 mit Kurzfassung in NJW 2012, 893; Oetker AGB-Kontrolle im Zivil- und Arbeitsrecht, AcP 212 (2012), 202; Drygalla, Die Reformdebatte zum AGB-Recht im Lichte des Vorschlags für ein einheitliches europäisches Kaufrecht, JZ 2012, 983; Fornasier, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013; Schwab, AGB-Recht, 2. Aufl 2014; Leuschner, Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr, ZIP 2015, 1045; Pfeiffer, Entwicklungen und aktuelle Fragestellungen des AGB-Rechts, NJW 2017, 913; Miethaner, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, 2018; v Westphalen, Reformvorhaben der Koalition zum AGB-Recht bei innovativen Geschäftsmodellen auf dem Prüfstand, ZIP 2018, 1101; Fries, Smart Contracts: Brauchen schlaue Verträge noch Anwälte?, AnwBl 2018, 86; Wurmnest, Kautelarpraxis und Allgemeine Geschäftsbedingungen, RabelsZ 82 (2018), 346.

Gesetzesmaterialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz: Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, 1. Teilbericht, 1974; 2. Teilbericht, 1975; Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DB Beil 18/1974; Gesetzesentwurf der CDU/CSU, BT-Drucks 7/3200; Gesetzesvorlage der Bundesregierung und Gegenvorschlag des Bundesrats, BT-Drucks 7/3919; Antrag des Rechtsausschusses, BT-Drucks 7/5412; Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks 7/5422; Begründung zur Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat, BR-Drucks 443/1/76; Vorschlag des Vermittlungsausschusses, BT-Drucks 7/5636.

Einleitung

1. Bedeutung und Funktion von Allgemeiner Geschäftsbedingungen. AGB beherrschen heute weite Teile des Wirtschaftsverkehrs. Sie finden praktisch in allen Geschäftszweigen und bei allen Arten von Verträgen bis hin zum Erwerb geringwertiger Güter des alltäglichen Bedarfs Verwendung, sieht man einmal von Nischen wie Wochenmärkten ab. Auch für die Nutzung des Internets sind sie von elementarer Bedeutung, wenn ein Diensteanbieter die Nutzung seiner Seiten regeln will. AGB sind in erster Linie eine typische **Erscheinung des Massengeschäftsverkehrs**, mit dessen Aufkommen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts sie zunächst im Versicherungsgewerbe, bei den Banken und im Transportgewerbe die Vertragsgestaltung bestimmten¹. Seit Beginn des 20. Jahrhunderts fanden sie rasche Verbreitung auch in allen anderen Wirtschaftsbereichen, in der Produktionswirtschaft, auf allen Ebenen des Handels und Dienstleistungsgewerbes und schließlich auch im privaten Geschäftsverkehr, etwa bei privaten Vermietern, Verkäufern oder in den freien Berufen (Ärzte, Architekten, Anwälte, Steuerberater)². Die rasche Durchsetzung und weite Verbreitung vorformulierter Vertragsbedingungen entspricht dem **Rationalisierungsbedarf** des im Massengeschäftsverkehr zur Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit am Markt auf möglichst kostengünstige Produktions-, Vermarktungs- und Abwicklungsmethoden angewiesenen Anbieters von Waren und Dienstleistungen. Dieser Bedarf beschränkt sich nicht auf die Rationalisierung und Standardisierung der technischen Bedingungen von Fertigung und Leistungserbringung, sondern richtet sich zugleich auf eine möglichst ausgefeilte **Standardisierung der rechtlichen Bedingungen des Güter- und Leistungsaustauschs**. Sie zeigen, dass die Modellvorgaben von BGB und HGB für die Bedürfnisse des modernen Wirtschaftsverkehrs meist als unzureichend oder unzulänglich angesehen werden. Hinzu kommt in den letzten Jahrzehnten, dass immer wieder neue Güter und Dienstleistungen auf den Markt kommen, für die sich die überkommenen Vertragstypen des BGB, des HGB und anderer Gesetze nicht oder nur sehr bedingt eignen. Bereits bei den Versicherungen zeichnete sich im 19. Jahrhundert ab, dass das „Produkt Versicherung“ keinen klar vorgegebenen Inhalt hat, sondern letztlich aus den Bedingungen der Versicherer entstand. Nicht anders ist im späten 20. Jahrhundert die Entwicklung bei den diversen Arten von Telekommunikationsverträgen verlaufen, Inhalte wurden vom Gesetzgeber erst spät und auch nur sehr punktuell im TKG geregelt. Andere wirtschaftlich immens bedeutsame Vertragstypen sind bis heute ungeregelt, insbesondere die Lizenzverträge im Bereich des Geistigen Eigentums und darüber hinaus. Punktuelle Ansätze für eine Regelung sind vereinzelt zu finden, mehr aber auch nicht. In all diesen Bereichen, also bei neuesten Dienstleistungen ebenso wie solchen, die seit Jahrzehnten existieren, ohne gesetzlich geregelt worden zu sein, haben Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht nur eine erhebliche Bedeutung, sondern sind für die Wirtschaft letztlich gänzlich unverzichtbar und können später auch die Gesetzgebung beeinflussen³.

Die **Rationalisierungsleistung von AGB** ist vielfältiger Art⁴: AGB ersparen hohen Vertragsabschlussaufwand, weil sie die Festlegung der einzelnen Vertragsbedingungen durch Aushandeln erübrigen und den Einsatz minderqualifizierter Abschlussvertreter zulassen; die Inhaltsgleichheit aller Verträge erlaubt eine exaktere und damit kostengünstigere Kalkulation der Vertragsrisiken und ermöglicht oder begünstigt insofern zugleich deren Versicherbarkeit; die dezidierte Regelung von Vertragsabwicklung, Leistungsstörungen- und Haftungsfragen schafft Rechtssicherheit und beugt kostspieligen, uU gerichtlichen Auseinandersetzungen der Parteien vor; AGB ermöglichen

1 Zur Verwendung von AGB im 19. Jahrhundert s Raiser aaO, 1935, S 26 ff; Pohlhausen, Zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im 19. Jahrhundert, 1978; Haupt, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, 1937, S 1 f; Hellwege aaO, 2010, S 4 ff; zur Verwendung im antiken Rom HKK/Höfer §§ 305-310 (I) Rz 2.

2 Zur Verbreitung von AGB im Wirtschaftsverkehr s Kötz, Verhandlungen aaO, 1974, S 14 ff.

3 Ausführlich Wurmnest RabelsZ 82 (2018), 346, 351 ff, 358 ff.

4 Vgl Wurmnest RabelsZ 82 (2018), 346, 349 ff mweitNachw.

die Ausrichtung der Vertragsgestaltung an der Rechtswirklichkeit durch Berücksichtigung praerlegaler Rechtsentwicklungen; AGB sind schließlich ein geeignetes Instrument zur Anpassung der Vertragsgestaltung an die Erfordernisse des modernen Wirtschaftsverkehrs, das zur Entwicklung von Regelwerken für spezifisch ausgestaltete Unter- oder Mischformen gesetzlicher Vertragstypen und indes für neuartige Vertragstypen, zB Leasing, Factoring, Automatenaufstellvertrag, Franchising, Reiseveranstaltungsvertrag – mittlerweile seit längerem gesetzlich geregelt – oder die verschiedenen Ausprägungen finanzieller Verträge, eingesetzt werden kann. Lizenz- und Telekommunikationsverträge wurden bereits oben erwähnt.

- 3 2. Die Gründe für die AGB-Kontrolle.** Die einseitige Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsfreiheit durch das Aufstellen vorformulierter Vertragsbedingungen bringt dem Verwender über den Gesichtspunkt der Rationalisierung und Kostenersparnis hinaus einen noch höher einzuschätzenden Vorteil, nämlich die Gelegenheit zur Optimierung der eigenen Rechtsposition innerhalb der weitgesteckten Grenzen des zwingenden Rechts. Diese Chance wurde und wird von AGB-Verwendern in mehr oder minder weitem Umfang regelmäßig und teilweise rigoros genutzt. Vor der Schaffung der Inhaltskontrolle für AGB waren praktisch keine AGB anzutreffen, welche die Vertragsbedingungen unter angemessener Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsparteien ausgewogen gestaltet hätten. Wo immer das dispositive Recht dazu die Möglichkeit ließ, wurde das **Vertragsrisiko dem anderen Teil auferlegt**, indem seine Rechte beschnitten oder ausgeschlossen und dem Verwender gesetzlich nicht vorgesehene Ansprüche und Rechtspositionen eingeräumt wurden. Die Rechtsordnung erkennt dieses Streben nach weitestmöglicher Durchsetzung der eigenen wirtschaftlichen Interessen durch vorteilhafte Vertragsgestaltung im Rahmen der Privatautonomie durchaus als legitim an, liegt ihr doch die vom Gesetzgeber des BGB noch geteilte Überzeugung zugrunde, die Vertragsfreiheit könne auch die Vertragsgerechtigkeit gewährleisten, die größtmögliche Gestaltungsfreiheit daher zu einem angemessenen Ausgleich der beiderseitigen Interessen führen und somit die Gewähr einer gewissen inhaltlichen Richtigkeit bieten. Diese Vorstellung büßt ihre Berechtigung ein, wo die Ausgleichsmechanismen ihre Funktionsfähigkeit verlieren, weil an die Stelle gleichgewichtiger Verhandlungsmacht ein Machtgefälle zugunsten des AGB-Verwenders tritt, das es ihm erlaubt, die **Gestaltungsfreiheit einseitig in Anspruch zu nehmen** und den anderen Teil von der inhaltlichen Gestaltung des Vertrages faktisch auszuschließen. Dass die einseitige Inanspruchnahme der Gestaltungsfreiheit gelingt, hat seine Gründe vor allem in den überlegenen Möglichkeiten des Verwenders, mit juristischer Hilfe ein ausgefeiltes Regelwerk zu erstellen und dem Vertragspartner als Ganzes zu präsentieren. Verstärkt wird der Effekt durch die häufige Scheu des Vertragspartners vor der Macht des Gedruckten und den Umstand, dass für ein einziges Geschäft der Aufwand einer Lektüre und Prüfung der Bedingungen im Einzelnen kaum lohnt, zumal dem Vertragspartner in der Regel die für eine solche Prüfung notwendige geschäftliche und rechtliche Erfahrung fehlen wird. Selbst wenn es im Einzelfall anders sein sollte, wird der Vertragspartner die AGB regelmäßig widerspruchslos akzeptieren. Denn in der Praxis sind Änderungswünsche schon deshalb in aller Regel aussichtslos, weil der unmittelbare Ansprechpartner auf Seiten des Verwenders zu solchen Änderungen gar nicht befugt und der Verwender im Übrigen dazu ferner nicht willens sein wird. Die in der Verwendung vorformulierter Bedingungen stets angelegte **Gefährdung des Vertragsgleichgewichts** ist allerdings so lange hinnehmbar, wie sie sich als einzelvertragsbezogenes Phänomen erweist, das die Mechanismen des angemessenen Interessenausgleichs zwischen den Vertragsparteien nur in einzelnen Fällen, und dann allein bedingt durch die individuellen Verhältnisse zwischen den konkreten Vertragsparteien, außer Funktion setzt⁵. Sie kann aber von einer Rechtsordnung, die Vertragsgerechtigkeit auf Privatautonomie baut, dann nicht mehr tatenlos hingenommen werden, wenn die Gefährdung des Vertragsgleichgewichts die Grenzen des Einzelvertrages überschreitet und ein Ausmaß erreicht, dass die Funktion privatautonomer Regelungsmechanismen und damit die institutionelle Gewährleistung von Vertragsfreiheit grunds in Frage stellt. Diese **typische generelle Gefährdung des Vertragsgleichgewichts durch AGB** beruht auf deren massenhafter gleichförmiger Verwendung, auf ihrer weiten, in zahlreichen Branchen einheitlichen Verbreitung, die dem Vertragspartner häufig nur noch die Abschlussfreiheit als solche belässt, auf der nicht nur vereinzelt, sondern systematischen und umfassenden Inanspruchnahme der Gestaltungsfreiheit durch den Aufsteller oder Verwender von AGB, die dem „selbstgeschaffenen Recht der Wirtschaft“⁶ quasi Normcharakter verleiht, und schließlich auf der Ungeeignetheit des Wettbewerbs zur Kontrolle oder Korrektur gleichförmiger Vertragsgestaltung, bedingt durch den offenbar nicht realisierbaren Marktwert einer kundengünstigen Klauselgestaltung, die dem Verwender deshalb keinen Wettbewerbsvor-

5 Vgl dazu im Einzelnen Rz 26 ff vor § 307.

6 Vgl Großmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht S 5 f, der von einem Gegensatz zum staatlichen

Recht spricht und einem Nebeneinander von Rechtsordnungen spricht.

teil verschaffen kann⁷. Die AGB-Kontrolle erweist sich daher nicht allein oder in erster Linie deshalb notwendig, weil eine Vertragspartei der anderen die Geschäftsbedingungen vorschreibt, sondern weil die mangelnde Verhandlungsmacht der anderen Partei dazu führt, dass diese für sie nachteilige Regelungen akzeptieren muss⁸. Ein strukturelles Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht ergibt sich allerdings in der Praxis nicht nur dann, wenn Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert sind, sondern auch bei Vorformulierung zur einmaligen Verwendung⁹; diesem Umstand trägt heute in Umsetzung von Klausel-RL 93/13/WG Art 3 (zur RL Rz 12) die Vorschrift des § 310 Abs 3 Nr 2 Rechnung, an der jedoch zumindest im Hinblick auf das Mietrecht zu bemängeln ist, dass die Anknüpfung an die Unternehmereigenschaft des Verwenders nicht immer sachgerecht erscheint¹⁰.

3. **Die Entwicklung des AGB-Rechts durch die Rechtsprechung.** Das BGB von 1896 4 enthielt keine Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen. Seine Verfasser gingen, obwohl die Rechtswirklichkeit wohl bereits damals anders war (vgl Rz 1), davon aus, dass die Parteien einem Vertrag im Rahmen der Privatautonomie einen ausgewogenen Inhalt geben bzw dieser durch das ergänzende dispositive Gesetzesrecht hergestellt werde. Angesichts ihrer schnellen Durchsetzung in weiten Teilen der Wirtschaft (s oben Rz 1) wurden AGB schon früh im Schrifttum als „selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft“, das Einzelvereinbarungen und staatliches Recht als zunehmend zurückdränge, bezeichnet¹¹. Dies führte zu der Frage, ob man sie als eigene Rechtsquelle, also als Rechtsnormen, anerkennen sollte oder nicht¹²; dem steht aber offensichtlich entgegen, dass nicht staatliche Stellen, insb Unternehmen, ohne Ermächtigunggrundlage im staatlichen Recht keine Rechtssetzungsbefugnis haben, und dies auch nicht, wenn sie sich in Verbänden organisieren¹³; dementsprechend definiert heute § 305 Abs 1 S 1 (zuvor AGBG aF § 1) AGB als Vertragsbedingungen. Vor diesem Hintergrund stellte sich bereits seit dem frühen 20. Jahrhundert die Frage, wie man dem zunehmenden Problem ungleichgewichtiger Vertragsbedingungen aufgrund fehlender Vertragsparität begegnen könne.

a) **Monopolrechtsprechung.** Der Aufgabe einer Korrektur einseitiger formularmäßiger Vertragsgestaltung hat sich schon das **Reichsgericht** in seiner sog **Monopolrechtsprechung** 5 angenommen. Auf der Grundlage von § 138 hat das RG in ständRspr Vertragsbedingungen, namentlich Freizeichnungsklauseln, als sittenwidrig verworfen, durch die der Verwender unter missbräuchlicher Ausnutzung einer monopolartigen Machtstellung seinen Vertragspartnern unbillige, unverhältnismäßige Opfer abverlangt¹⁴. Den Grund für die richterliche Korrektur der Vertragsgestaltung sah das RG in der überlegenen wirtschaftlichen Machtstellung des Verwenders, die ihm die Durchsetzung seiner eigenen Vertragsbedingungen erlaubt und damit das Prinzip der freiwilligen Selbstbindung der Vertragsparteien faktisch aufhebt¹⁵.

b) **Inhaltskontrolle.** Wirksamen Schutz vor einseitiger Vertragsgestaltung konnte eine auf § 138 Abs 1 gestützte Korrektur wegen der hohen Anforderungen an das Sittenwidrigkeitsurteil und der engen Voraussetzungen des Monopolmissbrauchs jedoch nicht gewährleisten. Der **Bundesgerichtshof** hat früh betont, dass AGB keine Rechtsnormen sind, und deshalb die **richterliche Inhaltskontrolle** Allgemeiner Geschäftsbedingungen auf den **Grundsatz von Treu und Glauben**, § 242¹⁶, in vereinzelt gebliebenen Entscheidungen auf § 315¹⁷ gestützt. Den maßgeblichen Grund für die offene Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen sah der BGH nicht in einem wirtschaftlichen oder intellektuellen Übergewicht auf Seiten des Aufstellers der AGB oder in der Schutzbedürftigkeit der anderen Vertragspartei, sondern in der einseitigen Inanspruchnahme des Rechts, den Vertragsinhalt zu gestalten¹⁸. Wer Verträge nur nach seinen AGB abschließen, ersetze das dispositive Recht durch eine von ihm geschaffene Regelung und verkürze damit die Möglichkeit seines Vertragspartners, seine Interessen wahrzunehmen und auf den Inhalt des Vertrages Einfluss zu nehmen. Ihm bleibe nur noch die Abschluss-, nicht aber

7 Vgl Adams BB 1989, 781, 782 ff mzahlrNachw.

8 BGHZ 183, 220 Rz 13 = NJW 2010, 1277; BGHZ 130, BGHZ 130, 50, 57 = NJW 1995, 2034; Beck-OGKBGB/Lehmann-Richter, 1.3.2017, § 305 Rz 8 f mweitNachw.

9 Insofern krit Miethaner S 78 ff mznachw; Fervers NZM 2018, 640, 649 f; s auch § 310 Rz 37.

10 Zutreffend etwa Fervers NZM 2018, 640, 650 mweitNachw.

11 Großmann-Doerth (1933), S 4 f.

12 Dafür insbes Meyer-Cording, Rechtsnormen, 1971, S 84 ff, 97 ff, 131 ff; zur Normentheorie und ihren Vertretern s Hellwege S 203 ff, 215 ff.

13 So bereits BGHZ 17, 1 f = NJW 1955, 1145; ebenso BeckOK/Becker Rz 7; Pal/Grüneberg Rz 2. ZB BGHZ 62, 264, 266; 99, 107, 108 ff; 103, 82, 83 f; 168, 321, 329.

14 Vgl im Einzelnen die Darstellung der Rspr des RG bei Fehl aaO, 1979, S 48 ff, 52 ff mzahlrNachw.

15 ZB BGHZ 22, 90, 95 ff = NJW 1957, 17, 18 f; 33, 216, 218 ff = NJW 1961, 212, 213 f; 41, 151, 154 = NJW 1964, 1123 f; 52, 61, 63 f = NJW 1969, 1485; 54, 106, 109 f = NJW 1970, 1596, ständRspr.

16 ZB BGHZ 38, 183, 186 = NJW 1963, 99.

17 BGH NJW 1976, 2346.

die Gestaltungsfreiheit¹⁹. Grundmaßstab der Inhaltskontrolle nach § 242 ist der **angemessene Interessenausgleich** zwischen den Parteien, der es dem Klauselverwender gebietet, bei der Vertragsgestaltung nicht nur die eigenen Interessen zu verfolgen, sondern die schutzwürdigen Belange des Vertragspartners angemessen zu berücksichtigen²⁰. Dem durch die AGB verdrängten **dispositiven Recht** kommt dabei **Leitbildfunktion** in dem Sinne zu, dass sich die Inhaltskontrolle an den gesetzlich vorgegebenen Wertungen zu orientieren hat und Abweichungen nur aus sachlich gerechtfertigten Gründen zulässig sind, die umso gewichtiger sein müssen, je höher der Gerechtigkeitsgehalt der abbedungenen Vorschrift ist²¹. Dem Vertragspartner dürfen insbes solche wesentlichen Rechtspositionen nicht entzogen werden, die ihm der Vertrag seinem Inhalt und Zweck nach zu gewähren hat²². Diese BGH-Rspr hat das AGB-Gesetz in ihrem Kern in der Generalklausel des § 9 kodifiziert, die sich heute in § 307 findet²³. Neben der offenen Inhaltskontrolle hat der BGH mit Hilfe der Entwicklung besonderer Auslegungsgrundsätze für AGB – etwa der Unklarheitenregel²⁴, heute § 305 Abs 2²⁵, oder des Grundsatzes restriktiver Auslegung „lästiger“ Klauseln²⁶ und der Nichteinbeziehungsfähigkeit bzw Unbilligkeit „überraschender Klauseln“²⁷, heute § 305c Abs 1 – eine Korrektur unbilliger Klauselgestaltungen vorgenommen.

7 4. **Die Gründe für eine gesetzliche Regelung.** Die seit L Raisers grundlegender Schrift über das Recht der AGB von 1935 geführte Diskussion über die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die verschiedenen Reformmodelle²⁸ mündeten 1971 in die Ankündigung eines Gesetzesvorhabens der Bundesregierung²⁹ zum Schutz des Verbrauchers vor unangemessenen Vertragsbedingungen, das in der Öffentlichkeit, in den politischen Parteien und in der Wissenschaft breite Zustimmung fand³⁰. Auch der 50. DJT 1974, der auf der Grundlage des Gutachtens von Kötz und des Referats von Ulmer gesetzgeberische Maßnahmen zum Schutz vor AGB beriet³¹, befürwortete mit großer Mehrheit eine gesetzliche Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die wesentlichen **Gründe** für die Überzeugung von der Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen zum Schutz der Verbraucher vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen lagen in der trotz verstärkter richterlicher Inhaltskontrolle noch immer unbefriedigenden Rechtslage, die eine spürbare Verbesserung der AGB-Gestaltung zugunsten der Verbraucher nicht herbeiführen konnte. Der höchstrichterlichen Rspr fehlte die rechtspolitisch erwünschte nachhaltige Wirkung auf die Praxis der Klauselgestaltung, was auf verschiedenen Ursachen beruhte. Beklagt wurden hauptsächlich die niedrigen Anforderungen an die Einbeziehung von AGB in den Vertrag³², die mangelnde Konkretetheit der von der Rspr entwickelten Kontrollmaßstäbe, die keine verlässliche Beurteilung der Klauselwirksamkeit zuließ³³ und einer einheitlichen Rspr der Untergerichte entgegenstände, die mangelnde Durchschlagkraft einer allein auf Treu und Glauben gestützten und insofern auf die Eindämmung der größten Missbräuche beschränkten Inhaltskontrolle³⁴ und schließlich vor allem die fehlende Breitenwirkung von Entscheidungen im individuellen Klageverfahren zwischen einem einzelnen Verwender und seinem Vertragspartner, durch die eine Weiterverwendung der als unzulässig verworfenen Klauseln im Geschäftsverkehr durch andere Verwender und gegenüber anderen Vertragspartnern nicht zu verhindern sei. Eine wirksame Verbesserung des Schutzes vor unangemessener Klauselgestaltung versprach man sich deshalb in besonderem Maße von der Einführung eines speziellen Verbandsklageverfahrens.

8 5. **Das AGB-Gesetz 1976.** – a) **Das Gesetzgebungsverfahren**³⁵. Im Jahr 1972 wurde durch den Bundesminister der Justiz eine Arbeitsgruppe mit der Aufgabe eingesetzt, Vorschläge für eine gesetzliche Regelung zu erarbeiten. Deren erster Teilbericht zum materiellen Recht wurde 1974 vorgelegt und zur Grundlage des Referentenentwurfs vom Juni 1974³⁶ genommen. Auf diesem RefE basiert der RegE von 1975³⁷, der sich ebenfalls auf materiell-rechtliche Regelungen

19 BGH NJW 1976, 2346.

20 ZB BGHZ 51, 55, 59 = NJW 1969, 230 ff; 54, 106, 109 f = NJW 1970, 1596.

21 ZB BGHZ 41, 151, 154 = NJW 1964, 1123 f; 60, 377, 380 = NJW 1973, 1194; BGH NJW 1976, 2346.

22 ZB BGHZ 72, 206, 207 f; 71, 167, 173 = NJW 1978, 1314, 1315; 38, 183, 186 = NJW 1963, 99, 100.

23 Vgl dazu § 307 Rz 7.

24 ZB BGHZ 62, 83, 88 f = NJW 1974, 551, 552 mweitNachw.

25 S dort Rz 43 ff und zum Verhältnis zum früheren Recht Rz 3.

26 ZB BGH NJW 1980, 2800, 2801; 1979, 2148; 1978, 261; vgl dazu auch § 305c Rz 43.

27 ZB BGHZ 60, 353, 360 = NJW 1973, 1190, 1191.

28 S dazu näher Wolf/Horn/Lindacher Einl Rz 8 f mzahlrNachw.

29 Bericht der BReg zur Verbraucherpolitik v 18. 10. 1971, BT-Drucks VI/2724.

30 Vgl dazu im Einzelnen Ulmer/Brandner/Hensen Einl Rz 10 f mzahlrNachw.

31 S Gutachten A zum 50. DJT, S 56 ff bzw Kurzzusammenfassung dazu in NJW 1974, 1987.

32 Zur sog „Wissen-müssen“-Formel s Rz 80 mzahlrRsprNachw in Fn 520.

33 ZB Grunsky BB 1971, 1113, 1114 ff.

34 Vgl MünchKomm/Kötz Rz 7; Emmerich JuS 1972, 361, 368; Held BB 1973, 573.

35 Vgl die ausf Darstellung von Gaul, FS Beitzke, 1979, S 997, 1007 ff.

36 DB Beil 18/1974.

37 BT-Drucks 7/3919.

beschränkt. 1975 wurde auch der zweite Teilbericht der Arbeitsgruppe beim BMJ vorgelegt, der Vorschläge zu verfahrensrechtlichen Regelungen enthielt. Einen zweiten Gesetzesentwurf, der, anders als der RegE, verfahrensrechtliche Regelungen umfasste, brachte 1975 die CDU/CSU-Fraktion im Bundestag ein³⁸. Beide Gesetzesentwürfe wurden im Rechtsausschuss beraten, der RegE um Verfahrensvorschriften ergänzt³⁹ und vom Bundestag einstimmig verabschiedet. In der durch die Vorschläge des – vom Bundesrat wegen einzelner verfahrensrechtlicher Bedenken angerufenen – Vermittlungsausschusses⁴⁰ geänderten Fassung wurde das AGB-Gesetz von Bundestag und Bundesrat am 10. und 12. November 1976 endgültig verabschiedet⁴¹. Die bedeutendste Reform des AGBG vor der Überführung seiner Regelungen in das BGB und das UKlaG erfolgte anlässlich der Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (dazu unten Rz 12).

b) **Konzeption und Inhalt von AGB-Gesetz und heutigem Recht.** Den in der Reformdiskussion im Mittelpunkt stehenden Streit um die Konzeption des künftigen AGB-Gesetzes – sollte man ein den kaufmännischen Verkehr nicht einbeziehendes reines Verbraucherschutzgesetz schaffen, dessen Regelungen allein am Ziel des Schutzes der schwächeren Vertragspartei vor der wirtschaftlichen und intellektuellen Überlegenheit des AGB-Verwenders auszurichten wäre, oder ein Gesetz mit dem zentralen, auch für den kaufmännischen Verkehr gültigen Schutzziel, die missbräuchliche einseitige Inanspruchnahme der Gestaltungsfreiheit zu verhindern – hat der Gesetzgeber in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung⁴² und hM⁴³ zugunsten der zweiten Konzeption entschieden. Schutzzweck des AGB-Gesetzes war die **Abwehr typischer Gefahren für das Vertragsgleichgewicht durch die einseitige Inanspruchnahme der Gestaltungsfreiheit**, und zwar unabhängig von der Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners im konkreten Einzelfall und ohne Rücksicht auf das wirtschaftliche oder intellektuelle Über- oder Untergewicht im Verhältnis der Parteien⁴⁴. Die Gegenmeinung in der Lehre, die das AGB-Gesetz zumindest auch als verbraucherpolitisches Gesetz zum Schutz vor Machtungleichgewichtslagen ansieht und insbes. den Verbraucherschutz als eigenständiges Auslegungskriterium einführen will⁴⁵, schränkt den vom Gesetzgeber bewusst weit gezogenen Anwendungsbereich des Gesetzes ohne Notwendigkeit ein. Der AGB-typischen einseitigen Verlagerung des Vertragsrisikos auf den Vertragspartner des Verwenders (vgl. oben Rz 3) begegnet das AGB-Gesetz in erster Linie mit den Inhaltskontrollvorschriften der AGBG §§ 9–11, und zwar in der Generalklausel des AGBG § 9 mit dem zentralen **Gebot der angemessenen Berücksichtigung der berechtigten Interessen der anderen Vertragspartei** und dem generellen sowie durch die einzelnen Klauselverbote der AGBG §§ 10 und 11 konkretisierten **Verbot der unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners**⁴⁶. Gleichwohl ist ein eventuelles wirtschaftliches oder intellektuelles Machtgefälle bzw. eine entsprechende Überlegenheit des Verwenders ein Faktor, der bei der Inhaltskontrolle nach – heute – §§ 307 ff oder für die Frage des Vorliegens einer Individualabrede zu berücksichtigen ist⁴⁷, aber eben nicht Voraussetzung für eine Inhaltskontrolle, vgl. § 307 Abs 3 S 1.

Das AGB-Gesetz war in fünf Abschnitte gegliedert. Der **erste Abschnitt** (AGBG §§ 1–11) **10** enthielt die materiell-rechtlichen Vorschriften, nämlich allg. Regelungen im ersten Unterabschnitt (AGBG §§ 1–7; heute §§ 305–306a) und die Inhaltskontrollvorschriften im zweiten Unterabschnitt (AGBG §§ 8–11, heute §§ 307–309). AGBG § 1 (heute § 305 Abs 1) definierte den Begriff der AGB und bestimmte damit allg. den Anwendungsbereich des Gesetzes in Abgrenzung zur Individualvereinbarung. Ergänzende Regelungen des Anwendungsbereichs enthielt AGBG § 23 Abs 1. AGBG § 2 (heute § 305 Abs 2 und 3) bestimmte die Voraussetzungen für die vertragliche Einbeziehung von AGB und verdeutlichte zugleich, dass es sich hierbei um Vertragsbedingungen handelt, die rechtsgeschäftlicher Vereinbarung bedürfen. AGBG § 3 erklärte überraschende Klauseln für nicht pauschal einbeziehungsfähig (heute § 305c Abs 1), AGBG § 4 statuierte den Vorrang individueller Vereinbarungen vor AGB (heute § 305b), AGBG § 5 erlegte

38 BT-Drucks 7/3200.

39 BT-Drucks 7/5412 und 7/5422.

40 BT-Drucks 7/5636.

41 Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) vom 9. Dezember 1976, BGBl I, S 3317.

42 Vgl. BGH NJW 1976, 2345, 2346 sowie oben Rz 5.

43 ZB Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack Rz 29 mZahlrNachw in Fn 47.

44 HM, vgl. zB BGH NJW 2017, 2995 Rz 71 mweitNachw; Ulmer/Brandner/Hensen Rz 28 f mNachw; vgl. im Einzelnen auch oben Rz 3 und 5. Diesen Schutzzweck verkennen etwa das LG Köln

NJW-RR 1987, 1001 f, wenn sie das AGB-Recht trotz Vorliegens seiner Voraussetzungen deshalb nicht für anwendbar hält, weil es an einem wirtschaftlichen Machtgefälle zwischen Verwender und Vertragspartner fehle; ähnlich etwa LG Hamburg 1.12.2015 – 328 O 474/14; abl. auch Timm BB 1987, 88; Rabe NJW 1987, 1978 f; Bunte NJW 1987, 921, 923 f.

45 ZB Damm JZ 1978, 173 ff, 178; Reich ZVP 1978, 236 ff; Fehl aaO, 1979, S 89 ff, 127 ff.

46 Vgl. dazu im Einzelnen § 307 Rz 36 ff.

47 S. etwa BGHZ 206, 305 = NJW 2015, 3025 Rz 23 mNachw.

mit der sog Unklarheitenregel dem Verwender das Risiko der Mehrdeutigkeit von Klauseln auf (heute § 305c Abs 2). Die Rechtsfolgen der fehlenden Einbeziehung und der Unwirksamkeit von AGB-Klauseln regelte AGBG § 6 (heute § 306), und AGBG § 7 schließlich begründete ein generelles Umgehungsverbot für die Vorschriften des AGB-Gesetzes (heute § 306a), das deren zwingenden Charakter verdeutlichte. Es folgten die Verbotstatbestände des zweiten Unterabschnitts (AGBG §§ 8–11, heute §§ 307–309); dabei bestimmte zunächst AGBG § 8 den gegenständlichen Anwendungsbereich der Inhaltskontrollvorschriften (heute § 307 Abs 3). Die Generalklausel des AGB-Rechts fand sich in AGBG § 9 (heute § 307 Abs 1 und 2), und die AGBG §§ 10 und 11 enthielten einen umfangreichen Katalog einzelner unzulässiger Klauseln (heute §§ 308, 309). Der **zweite Abschnitt** (AGBG § 12, heute EGBGB Art 46 b) regelte den zwischenstaatlichen Geltungsbereich des Gesetzes in bestimmten Fällen für Verträge, die nicht inländischem Recht unterlagen. Der **dritte Abschnitt** (AGBG §§ 13–22) enthielt die Verfahrensvorschriften für die abstrakte Inhaltskontrolle im Verbandsklageverfahren (heute UKlaG §§ 1 ff, zu den einzelnen heutigen Vorschriften vgl die Übersicht in Rz 4 vor UKlaG § 1). Der **vierte Abschnitt** (AGBG §§ 23, 24) präziserte den Anwendungsbereich des Gesetzes bzw einzelner seiner Vorschriften in sachlicher und persönlicher Hinsicht. Dabei erklärte AGBG § 23 Abs 1 das Gesetz in bestimmten Rechtsgebieten generell für unanwendbar (heute § 310 Abs 4), während Abs 2 und 3 Einzelausnahmen enthielten (heute teils § 305a, teils entfallen oder in die Klauselverbote des § 309 überführt). Sonderregelungen für den kaufmännischen Verkehr und Verträge mit der öffentlichen Hand waren in AGBG § 24 enthalten (heute § 310 Abs 1). Der **fünfte Abschnitt** (AGBG §§ 25–30) enthielt Übergangs- und Schlussvorschriften, insbesondere in AGBG § 28 für die Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auf vor seinem Inkrafttreten geschlossene Verträge. Wie dargestellt, findet sich diese Konzeption auch im heutigen AGB-Recht, auch wenn sich der verfahrensrechtliche Teil im UKlaG findet, während das materielle AGB-Recht in den §§ 305–310 enthalten ist.

- 11 c) **Akzeptanz des AGB-Rechts und seiner Regelungen.** Dreizehn Jahre nach seinem Inkrafttreten wurde dem **AGB-Gesetz** der Voraufgabe zufolge in Wissenschaft und Praxis überwiegend bescheinigt, dass es sich konzeptionell und inhaltlich im Großen und Ganzen bewährt habe⁴⁸. Teils wurde es sogar als weltweit detaillierteste Regelung zum AGB gelobt⁴⁹. Seine rechtspolitische Effizienz bei der Säuberung des Marktes von unseriösen Klauselwerken war praktisch unbestritten⁵⁰, auch wenn Meinungsunterschiede über den tatsächlich erreichten Durchsetzungsgrad seiner rechtspolitischen Zielsetzungen verblieben⁵¹. Forderungen nach mehr oder weniger Kontrolle, etwa nach Verstärkung bestehender oder Schaffung neuer Kontrollinstrumente⁵² bzw nach größerer Zurückhaltung bei der Anwendung des Kontrollinstrumentariums durch die Rspr⁵³, wollten jedenfalls die Grundkonzeption des Gesetzes nicht mehr in Frage stellen. Bis heute nicht verstummt ist die Kritik an der Einbeziehung des kaufmännischen Verkehrs in den Geltungsbereich des Gesetzes⁵⁴, einer der Hauptstreitpunkte im Gesetzgebungsverfahren (vgl oben Rz 8) und Quelle beträchtlicher Skepsis auf Seiten der Wirtschaft in den ersten Jahren seiner Geltung. Verstärkt kritisiert wurde im Laufe der Zeit die häufig zu undifferenzierte Übertragung der in den Klauselverbote der AGBG §§ 10 und 11 bzw heute §§ 308, 309 zum Ausdruck gekommenen gesetzlichen Wertungen auf den kaufmännischen Verkehr im Rahmen der Inhaltskontrolle nach AGBG § 9⁵⁵ bzw heute § 307. Hingewiesen wird aber auch auf die heute kaum zu leugnenden Wechselwirkungen zwischen AGB-Recht, Kautelarpraxis, Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, die sich wechselseitig beeinflussen und so zur Fortentwicklung des Privatrechts im Rahmen der Vertragsfreiheit und zu notwendigen Korrekturen beitragen⁵⁶.

48 Vgl ferner die Einschätzung in den Einzelbeiträgen in: Heinrichs/Löwe/Ulmer (Hrsg), aaO, 1987, insbes den Beitrag von Ulmer aaO S 1 ff, 16 mzahlrNachw; Schlosser JR 1988, 1 ff.

49 V Hippel, Verbraucherschutzrecht, 3. Aufl 1986, S 121.

50 ZB Wolf/Pfeiffer JZ 1988, 388 mzahlrLitNachw; Schlosser JR 1988, 1 ff; Ulmer, in: Heinrichs/Löwe/Ulmer aaO, 1987, S 2.

51 S dazu die Übersicht bei Ulmer/Brandner/Hensen Einl Rz 46 ff mzahlrNachw sowie die Einschätzungen von Hellner, FS Steindorff, 1990, S 573, 579 ff; Bunte NJW 1987, 921, 922 f; Schlosser ZIP 1985, 449 ff; Löwe/v Westphalen/Trinkner Rz 24 f vor § 13; Heinrichs, in: Heinrichs/Löwe/Ulmer aaO, 1987, S 23, 37; Löwe, in: Heinrichs/Löwe/Ulmer aaO, 1987, S 99, 106 ff, 113.

52 Vgl Rz 8 vor UKlaG § 1 mweiterführenden-

Nachw; Löwe, in: Heinrichs/Löwe/Ulmer aaO, 1987, S 99, 114 ff.

53 ZB Bunte NJW 1987, 921, 923; Schmidt-Salzer, Produkthaftung, Bd II, 2. Aufl 1985, Rz 3.068 ff; Schlosser JR 1988, 1, 4 ff; Rabe NJW 1987, 1978, 1980 ff (für den kaufmännischen Verkehr).

54 Krit in jüngerer Zeit etwa Stumpf BB 1985, 963 ff; prinzipiell positiv dagegen zB Schlosser JR 1988, 1, 3; ders ZIP 1985, 449, 461 f; Hensen NJW 1987, 1986 ff; Bunte NJW 1987, 921, 923; Rabe JZ 1987, 1978, 1979; ausführlich setzt sich mit den erhobenen Einwänden auseinander Ulmer, in: Heinrichs/Löwe/Ulmer aaO, 1987, S 1, 11 ff.

55 S im Einzelnen § 310 Rz 17 f.

56 Eingehend und grundsätzlich positiv Wurmnest RabelsZ 82 (2018), 346, 358 ff.

6. Die Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. 12

Einen **neuen Impuls** erhielt das deutsche **AGB-Recht** im Jahre 1993 durch die **RL 93/13/EWG vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen**⁵⁷, die den nationalen Gesetzgeber zu einigen Anpassungen zwang. Dabei war zu berücksichtigen, dass die Richtlinie eben nur dem Verbraucherschutz dient, während das deutsche AGB-Recht auf eine umfassendere Geltung auch zugunsten von Unternehmern und ähnlichen Vertragspartnern des Verwenders angelegt war und weiterhin angelegt bleiben sollte. Aus diesem Grund entschied sich der deutsche Gesetzgeber für eine Minimallösung bei der Umsetzung der Klausel-RL 93/13/EWG und beschränkte sich auf eine Anpassung des ABGB aF § 12 zum internationalen Anwendungsbereich und die Einfügung des ABGB aF § 24a (heute: § 310 Abs 3). Die letztgenannte Maßnahme wirkte sich nachhaltig auf den Inhalt und die Schutzzwecke der AGB-Bestimmungen aus, weil damit der Schutz des Verbrauchers zu einem weiteren Gesetzeszweck wurde. Entsprechend den Vorgaben der Richtlinie wurde im Zuge der Umsetzung der Schutz der AGB-Bestimmungen gegenüber Verbrauchern auch auf Vertragsbedingungen erstreckt, die keine AGB iSd Definition nach § 305 sind, was an sich einen gewissen Fremdkörper im bisherigen Konzept darstellte, aber eine Beibehaltung der vorhandenen Vorschriften und der dazu vorliegenden Rechtsprechung ermöglichte. Weitere Anpassungen insbesondere bei den Klauselverboten der ABGB §§ 10 und 11 nahm der Gesetzgeber nicht vor; dazu kam es erst später vor dem Hintergrund einiger EuGH-Entscheidungen im Zuge der Integration der ABGB §§ 1 bis 12 in das BGB. Die Klausel-RL hat über die Rechtsprechung des EuGH einen gewissen Einfluss auf das deutsche AGB-Recht erlangt, ohne dass ihr Einfluss eine überragende Bedeutung hätte; das hängt damit zusammen, dass die auf das AGB-Gesetz zurückgehende Konzeption der heutigen §§ 305 ff systematisch strenger ist als die im Wesentlichen generalklauselartig formulierten Klausel-RL Art 3-5 mit ihrem hinweisenden Anhang, über die das nationale Recht gem Klausel-RL Art 8 hinausgehen darf⁵⁸. Vereinzelt wird darüber diskutiert, ob die §§ 305 bzw 307 ff die Klausel-RL zutreffend umsetzen⁵⁹, was aber an den Stellen zu klären ist, an denen sich die Frage konkret stellt. Der EuGH hat früh die Bedeutung des Transparenzgebotes betont, was zu dessen Kodifikation in § 307 Abs 1 S 2 geführt hat (→ Rz 14). Seine Rechtsprechung gerade zum Transparenzgebot⁶⁰ hat immer wieder Impulse gebracht (→ näher § 307 Rz 65). Die Klausel-RL enthält im Kern lediglich Vorschriften zur Inhaltskontrolle, die den §§ 307-309 teils ähneln, ohne sich mit ihnen wirklich zu decken. Die Regelungen sind weit weniger detailliert, auch wenn der Anhang zu Art 3 Abs 3 Klausel-RL einen nicht erschöpfenden Katalog von Klauseln enthält, der an die §§ 308, 309 erinnert. Doch sieht die Klausel-RL vor, dass die Klauseln aus dem Anhang für unwirksam erklärt werden können, woraus der EuGH gefolgert hat, dass der Anhang keine verbindlichen Vorgaben enthält, sondern nur eine Hinweiskategorie für die Mitgliedstaaten und die dort zuständigen Stellen hat⁶¹. – Die Klausel-RL ist auch in den anderen EU-Staaten umgesetzt, allerdings entsprechend der jeweiligen Traditionen anders als in Deutschland⁶².

7. Überführung des AGB-Rechts in das BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz. Das AGB-Gesetz ist im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung am 1.1.2002 außer Kraft getreten. Die **Übergangsregelung** findet sich in EGBGB Art 229 § 5; sie sieht die Anwendung der §§ 305 ff auf alle nach dem 31.12.2011 entstandenen Schuldverhältnisse vor, sodass es für Altverträge bei der Geltung des ABGB verbleibt⁶³. Hingegen gelten für vor 2002 entstandene Dauerchuldverhältnisse seit dem 1.1.2003 die §§ 305 ff; Abweichungen von EGBGB Art 229 § 5 sind nach § 307 Abs 2 Nr 1 unwirksam⁶⁴. Die vertragsrechtlichen Regelungen des ABGB (ABGB §§ 1 bis 11 sowie 23, 24) wurden bei der Schuldrechtsmodernisierung weitgehend unverändert in die §§ 305 bis 310 überführt, während seine verfahrensrechtlichen Bestimmungen zur kollektiven Durchsetzung der Schutzvorschriften (ABGB §§ 13 bis 22) den Kern des Gesetzes über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen bildeten. Dieses Gesetz wurde auch zur Umsetzung der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen⁶⁵, mittlerweile abgelöst durch die Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des

57 Zu deren Entstehung Reich/Micklitz/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl 2003, S 495 ff; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack Einl Rz 87–90; Wolf/Lindacher/Pfeiffer Einl Rz 100 f.

58 Staud/Schlosser Rz 9, 13.

59 Dazu etwa Staud/Schlosser Rz 10 f.

60 Zuletzt etwa EuGH ECLI:EU:C:2014:282 = NJW 2014, 2335 – Käsler ua/OTP.

61 EuGH Slg 2002, I-4147 = EuZW 2002, 465 Tz 20 f – Kommission/Schweden; Slg 2004, I-3403 = NJW 2004, 1647 Tz 20 – Freiburger Kommunal-

bauten; Slg 2009, I-4713 NJW 2009, 2367 Tz 38 – Pannon; Slg 2010, I-10888 = EuZW 2011, 27 Tz 42 – VB Pénzügyi Lízing Zrt/Schneider; Slg 2010, I-11557 Tz 58 – Pohotovost’.

62 Vgl dazu mweitNachw Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack Rz 105 ff; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer Rz 48 ff.

63 Vgl etwa BGHZ 157, 309, 311 = NJW 2004, 1104.

64 BeckOK/Becker § 305 Rz 6; PWW/Berger Rz 4.

65 ABl 1998 L 166 S 51.

Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (künftig: UKlaRL)⁶⁶, geschaffen. Es regelt daher nicht mehr nur Unterlassungs- und Widerrufsansprüche bei der Verwendung unwirksamer AGB (UKlaG § 1, zuvor AGBG § 13 Abs 1), sondern auch in diversen anderen Fällen verbraucherrechtswidriger Verhaltensweisen (§ 2 UKlaG, zuvor teils bereits AGBG § 22) und anderen Konstellationen (s UKlaG §§ 1a, 2a). Die kollisionsrechtliche Vorschrift des AGBG § 12 wurde zunächst nach EGBGB Art 29 Abs 1 aF überführt; heute ist sie in EGBGB Art 46 b bzw für andere Fälle in Rom I-VO Art 6 Abs 2 zu finden.

14 Durch die Integration der individualrechtlichen AGB-Bestimmungen in das Schuldrecht des BGB wollte der Gesetzgeber die Anzahl der Sondergesetze reduzieren und die Übersichtlichkeit des Schuldrechts dadurch erhöhen, dass all seine wesentlichen Regelungen wieder im BGB enthalten wären⁶⁷. Dagegen wurde vereinzelt eingewandt, das AGB-Recht sei eigenständig und daher außerhalb des BGB zu belassen⁶⁸, doch ist dies nicht überzeugend und hat sich zurecht nicht durchgesetzt. Über den Standort der AGB-Vorschriften im Allgemeinen Schuldrecht gab es ebenfalls Kontroversen, da eine Verortung auch im Allgemeinen Teil vorstellbar gewesen wäre; diese dogmatische Frage hat allerdings keine echten praktischen Auswirkungen, sieht man einmal davon ab, dass die Regelung im Schuldrecht etwa bei sachenrechtlichen Vorschriften an sich eine Begründung notwendig macht, warum die §§ 305 ff auch dafür gelten sollen. Insofern ist sicherlich richtig, dass eine Verortung des AGB-Rechts im Allgemeinen Teil systematisch zutreffender gewesen wäre⁶⁹, doch ist mit einer Änderung heute natürlich nicht mehr zu rechnen. Im Zuge der Integration der materiell-rechtlichen Vorschriften des AGB-Rechts in das BGB hat der Gesetzgeber in den Klauselkatalogen der BGB §§ 308 und 309 einige vorwiegend **redaktionelle Änderungen** vorgenommen. Außerdem wurde erstmals in § 307 Abs 1 S 2 klargestellt, dass intransparente Klauseln unwirksam sind, um den Anforderungen des EuGH Rechnung zu tragen. Dieser hatte in einer Entscheidung zu einem Vertragsverletzungsverfahren zur Klauselrichtlinie festgestellt, dass die Mitgliedstaaten Richtlinien vollständig umsetzen müssen, wenn diese Verbraucher durch genau umschriebene Rechte schützen sollen, und dass dies auch dann gilt, wenn in dem jeweiligen Mitgliedstaat eine an sich richtlinienkonforme Rechtsprechung existiert⁷⁰.

15 **8. Weitere rechtspolitische Diskussion.** Seit mehr als zehn Jahren gibt es im Schrifttum eine relativ intensive Debatte um die überlieferten Schutzzwecke des AGB-Rechts (s auch Rz 3 aE). Einige namhafte Stimmen forderten eine Beschränkung des AGB-Schutzes im Wesentlichen auf Verbraucher und verbraucherähnliche Personen bzw Kleinunternehmen, da ein Schutz von Großunternehmen bzw der öffentlichen Hand nicht notwendig sei. So wurde deutliche Kritik am AGB-Recht geübt⁷¹, insbesondere an der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr und den Hürden, die die Rechtsprechung auch dort an die Annahme von Individualvereinbarungen stellt; hier werden auch von Seiten der Anwaltschaft⁷² Lockerungen bzw eine stärkere Berücksichtigung der Besonderheiten des unternehmerischen Verkehrs gefordert, für den das deutsche AGB-Recht als Standortnachteil angesehen wird, der zur Rechtsflucht führe⁷³. Ferner wird darauf hingewiesen, dass die im Gesetz enthaltene Kontrolle auch der Einbeziehung neben der des Inhalts von AGB nur begrenzt sinnvoll sei, da insbesondere geschäftlich bzw unternehmerisch unerfahrene Vertragspartner mit der Kenntnisnahme iSv § 305 Abs 2 Nr 2 überfordert

66 Kodifizierte Fassung, ABl 2009 L 110 S 30.

67 Vgl Begr zum RegE SchuldRModG, BT-Drucks 14/6040, 79, 97, 149 f.

68 Insbes Ulmer, in Schulze/Schulte-Nölke, Schuldrechtsreform, S 215–227; ders, JZ 2001, 491–497; Wolf/Pfeiffer ZRP 2001, 303–306.

69 Ulmer, in Schulze/Schulte-Nölke, Schuldrechtsreform, S 215–227; ders, JZ 2001, 491–497; Wolf/Pfeiffer ZRP 2001, 303 ff mweitNachw.

70 EuGH Slg I-2001, 3541 Rz 17 ff, 21 = NJW 2001, 2244 – Kommission/Niederlande.

71 Vgl dazu Verhandlungen des 69. DJT München 2012, Band II/1, 2013, S I 90, und dort insb das Referat von Kessel, Zur Frage einer Reform des ABG-Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehr, S I 57 ff – Ferner Berger NJW 2001, 2152 ff; Berger ZIP 2006, 2149 ff; Berger NJW 2010, 465 ff; Dauner-Lieb ZIP 2010, 309 ff; Drygala JZ 2012, 982 ff; Kaufhold BB 2012, 1235 ff; Kessel/Jüttner BB 2008, 1350 ff; Kondring BB 2013, 73 ff; Lenkaitis/Löwisch ZIP 2009, 441 ff; Leuschner JZ 2010, 875 ff; Lischek/Mahnken ZIP

2007, 158 ff; Miethaner NJW 2010, 3121, 3127; Müller/Griebeler/Pfeil BB 2009, 2658 ff; Müller BB 2013, 1355 ff; Müller/Schilling BB 2012, 2319, 2322 f; Oetker AcP 212 (2012), 202, 221 ff; Pfeiffer NJW 2012, 2609, 2611.

72 Gesetzgebungsvorschlag der Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr, abrufbar über www.frankfurt-main.ihk.de; dazu Kessel AnwBl 2012, 293, 299 f; – Gesetzgebungsvorschlag des Zivilrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins vom März 2012 (Nr 23/2012), abrufbar unter www.anwaltverein.de; s dazu Schwenzler/Lübbert, AnwBl 2012, 292; Kessel, AnwBl 2012, 293; Kieninger, AnwBl 2012, 301; Schmidt-Kessel, AnwBl 2012, 308; Hannemann, AnwBl 2012, 314; Frankenberger, AnwBl 2012, 318; Martin, AnwBl 2012, 352.

73 Vgl Kollmann NJOZ 2011, 625, 628 f; Ostendorf SchiedsVZ 2010, 234 ff; Pfeiffer NJW 2017, 913, 917 mweitNachw.