

AGB-Kontrolle bei ausgehandelten Verträgen?

Christian M. König, Bonn*

A. Einführung

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind aus dem heutigen Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken: Sie spielen eine fundamentale Rolle, da durch sie beinahe jeder Vertrag inhaltlich festgelegt wird.¹ Unumstritten ist daher die Erforderlichkeit einer AGB-Kontrolle, die der inhaltlichen Ausgestaltung von AGB Grenzen setzt und von der die Wirksamkeit einer jeden Klausel letztlich abhängt.² Jedoch ist fraglich, ob auch eine „AGB-Kontrolle bei ausgehandelten Verträgen“ in Betracht kommt: Den Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Frage bildet die im Folgenden vorgenommene Abgrenzung der Begriffe „AGB“ und „Ausgehandelte Vertragsbedingungen“, mit deren Hilfe der Begriff des „ausgehandelten Vertrags“ beleuchtet wird. Hieran anknüpfend werden rechtsvergleichend auf europarechtlicher Ebene Unterschiede in der Behandlung ausgehandelter Klauseln aufgezeigt. In einer abschließenden Gesamtbetrachtung werden die konstatierten Unterschiede mit Blick auf die ratio legis der AGB-Kontrolle bewertet und dem deutschen Regelwerk gegenübergestellt. Hieran anknüpfend erfolgt ein Resümee zur eingangs aufgeworfenen Frage.

B. Der Begriff des „ausgehandelten Vertrags“ I. AGB

Nach der Legaldefinition des § 305 I 1 BGB³ sind AGB solche Vertragsbedingungen, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und von der einen Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages gestellt worden sind. Dieser im Gesetz niedergelegten Definition sind drei Tatbestandsmerkmale zu entnehmen: Nämlich erstens für eine mehrfache Verwendung, zweitens vorformulierte Vertragsbedingungen, die, drittens, gestellt sein müssen: Mit einer „Vielzahl von Verträgen“ wird verhindert, dass lediglich zur einmaligen Verwendung beabsichtigt vorformulierte Vertragsklauseln als AGB qualifiziert werden. Grundsätzlich ist die Absicht des Verwenders zu einer mehrfachen Verwendung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses erforderlich; eine tatsäch-

liche Mehrfachverwendung ist dagegen kein entscheidendes Kriterium.⁴ „Vertragsbedingungen“ i.S.v. § 305 I meint Regelungen zur inhaltlichen (Aus-)Gestaltung eines Vertrages,⁵ die von gesetzlichen Regelungen abweichen oder sie ergänzen, § 310 IV 1, 3 i.V.m. § 307 III 1. Diese sind „vorformuliert“, wenn sie schon vor Vertragsschluss formuliert und irgendwie fixiert waren.⁶ Die Regelungen müssen ferner einbeziehungsbereit sein.⁷ „Stellen“ meint in diesem Zusammenhang nicht das Formulieren von AGB, sondern lediglich die Absicht zur einseitigen Einführung in den Vertrag vonseiten des Verwenders.⁸ Bei Verbraucherverträgen wird dieses Tatbestandsmerkmal gem. § 310 III Nr. 1 fingiert.

II. Ausgehandelte Vertragsbedingungen

Demgegenüber nimmt § 305 I 3 ausdrücklich solche Vertragsbedingungen aus dem Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle heraus, die zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind; sog. Individualvereinbarungen. Was „aushandeln“ bedeutet ist schon seit über 30 Jahren umstritten,⁹ unumstritten dagegen, dass die Anforderungen an dieses Merkmal sehr hoch sind.¹⁰ Allgemein anerkannt ist, dass mit „ausgehandelt“ viel mehr als bloßes Verhandeln über die Klauseln zwischen den Parteien gemeint ist.¹¹ „Von einem Aushandeln kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender den in seinen AGB enthaltenen ‚gesetzesfremden Kerngehalt‘, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Vertragspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen“¹². Ein Kriterium für die Qualifizierung der inhaltlichen Beeinflussung von Vertragsklauseln als „ausgehandelt“ ist u.a., dass der Verwender die andere Partei über Inhalt und Tragweite der

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Der Beitrag ist eine überarbeitete und stark gekürzte Version der ursprünglichen Arbeit, die anlässlich eines Seminars zu „Fragen des Allgemeinen Teils des BGB, des Schuldrechts und des Europäischen Privatrechts“, veranstaltet von den Herren Professoren *Köndgen und Roth*, im WS 2010/11 entstand.

¹ *Kötz*, Vertragsrecht, 2009, § 6 Rn. 241.

² *Kötz*, (Fn. 1), § 6 Rn. 243, 264.

³ Alle folgenden §§ ohne Bezeichnung sind solche des BGB.

⁴ *Basedow*, in: *MüKoBGB*, Bd. 1, 5. Aufl. 2007, § 305 Rn. 17 f.

⁵ *BGH NJW* 2005, 1645 (1646); *Kötz*, (Fn. 1), § 6 Rn. 247.

⁶ *Basedow*, (Fn. 4), § 305 Rn. 13.

⁷ *Kötz*, (Fn. 1), § 6 Rn. 247.

⁸ *BGH NJW* 2010, 1131; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. 2006, § 27 Rn. 405.

⁹ Z.B. *OLG Celle BB* 1976, 1287 (1288 f.); hierzu v. *Westphalen*, *ZIP* 2007, 149 (150 ff.); *ders.*, *NJW* 2009, 2977 (2981).

¹⁰ *Leuschner*, *AcP* 207 (2007), 491 (518).

¹¹ *BGH NJW-RR* 2005, 1040; auch schon *OLG Celle BB* 1976, 1287 (1288) m.w.N.; *Wackerbath*, *AcP* 200 (2000), S. 82; kritisch v. *Westphalen*, *NJW* 2009, 2977 (2981).

¹² *BGHZ* 153, 311 (321 f.).

Klauseln im Einzelnen aufgeklärt hat oder, dass der Klauselgegner in erkennbarer Weise den Sinn der Vertragsbedingungen erfasst hat, da hiermit der den Klauseln üblicherweise innewohnende Überraschungseffekt ausgeräumt wird.¹³ Zur sachgerechten Abgrenzung zwischen nicht ausgehandelten und ausgehandelten Klauseln wird der im Zuge der eingeräumten Gestaltungsfreiheit üblicherweise einhergehenden erkennbaren Änderung des vorformulierten Textes Indizwirkung beigemessen.¹⁴

III. Zwischenergebnis - Der Begriff des „ausgehandelten Vertrags“

Um einen „ausgehandelten Vertrag“ kann es sich folglich nur dann handeln, soweit dessen Klauselwerk inhaltlich auch tatsächlich von den Vertragspartnern im Rahmen von Verhandlungen mit dem Ziel der Modifikation von AGB oder der Kodifikation von Vereinbarungen festgelegt worden ist. Diese begriffliche „Hürde“ in Form von erhöhten Voraussetzungen an einen Verhandlungsprozess rührt daher, dass Klauseln, die in diesem Sinne „ausgehandelt“ worden sind, gem. § 305 I 3 nicht dem Kontrollmechanismus der §§ 305 ff. unterfallen¹⁵ und dessen Schutzzweck in der Konsequenz gar nicht zum Tragen kommt,¹⁶ was mit Blick auf § 305 b, der eine Verdrängung von AGB-Klauseln durch Individualabreden anordnet, auch nur konsequent ist. De lege lata kommt eine AGB-Kontrolle bei „ausgehandelten Verträgen“ also nicht infrage.¹⁷ Die eingangs aufgeworfene Frage ist daher auf die Sinn- und Zweckgerechtigkeit der im BGB getroffenen Regelung zu beschränken.

C. Die Klauselrichtlinie und der DCFR

Angesichts der oben gemachten Feststellung ist ein Vergleich zu Regelwerken auf europäischer Ebene von besonderem Interesse. Nachfolgend werden bestehende Unterschiede im Umgang mit Individualvereinbarungen aufgezeigt.

I. Die Klauselrichtlinie - RL 93/13/EWG

In der auf Grundlage des deutschen Gesetzes zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) vom 9.12.1976 entwickelten¹⁸ und am 5.4.1993 vom Rat der Europäischen Gemeinschaften erlassenen Richtlinie über

missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (RL 93/13/EWG) „wird die Bedeutung des Verbraucherschutzes auf dem Gebiet missbräuchlicher Vertragsklauseln hervorgehoben“, der durch Vorschriften im Bereich von Verbraucherverträgen, insbesondere durch Schutz vor Machtmissbrauch und Ausschluss von Rechten Rechnung getragen werden soll.¹⁹ Kontrollmaßstab ist Treu und Glauben.²⁰ Laut den Erwägungsgründen der Richtlinie gilt „diese Richtlinie insbesondere nur für Vertragsklauseln, die nicht einzeln ausgehandelt wurden“²¹. Gem. Art. 3 II RL 93/13/EWG ist eine Vertragsklausel „immer dann als nicht im Einzelnen ausgehandelt zu betrachten, wenn sie im Voraus abgefasst wurde und der Verbraucher *deshalb* (...) keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte“. Aus diesem Kausalverhältnis folgt, dass neben AGB „auch für den Einzelfall formulierte Klauseln und sogar mündliche Abreden (...) als nicht ausgehandelte Klauseln der Kontrolle unterfallen“²² können. Da den Mitgliedstaaten freigestellt ist, ob sie dem Verbraucher durch strengere Vorschriften einen besseren Schutz gewähren,²³ bleibt festzuhalten, dass die Richtlinie primär auf die Umsetzung einer Kontrolle nicht ausgehandelter Klauseln ausgerichtet ist. In einem Vorentwurf (KOM (1990) 322) sah dies noch anders aus, dort sollten ausgehandelte Klauseln auf ihre Missbräuchlichkeit hin kontrolliert werden. Damit das von der Richtlinie erklärte Regelungsziel, einen höheren Schutz des Verbrauchers vor missbräuchlichen Klauseln in Verträgen mit Unternehmern zu gewährleisten, in den Mitgliedstaaten verfolgt werden konnte, bedurfte es der Aufstellung einheitlicher Rechtsvorschriften i.S.e. Angleichung von gesetzlichen Regelungen nach Art. 1 I RL 93/13/EWG in *allen* Mitgliedstaaten.²⁴ Hierzu bedarf es regelmäßig eines Umsetzungsaktes, der Richtlinienrecht in nationales Recht transformiert und es auf diesem Wege innerstaatlich in Kraft setzt.²⁵ Gem. Art. 10 I der Richtlinie mussten die Mitgliedstaaten bis zum 31.12.1994 alle notwendigen Vorschriften zur Umsetzung erlassen haben. Hierbei stand jedem Adressaten der Umsetzungspflicht das Recht zur freien Wahl von Form und Mittel bei Erlass der erforderlichen Regelungen zu, Art. 288 III AEUV (ex-Art. 249 III EGV). Die Richtlinie selbst weist auf die Möglichkeit hin, strengere Vorschriften zu erlassen, als sie von der Richtlinie selbst vorgesehen sind, um „einen besseren Schutz (...) zu gewähren“. Die Einhaltung von Mindeststandards wird somit sichergestellt²⁶ und die Möglichkeit einer gleichzeitig überschießenden Umsetzung, bei der „Richtlinien nicht nur entsprechend ihrer exakten Vorgaben umgesetzt [werden], sondern der nationale Gesetzgeber (...) bei der Umsetzung über die Vorgaben der

¹³ OLG Celle BB 1976, 1287.

¹⁴ BGHZ 153, 311 (321); zur Frage wann unveränderte Klauseln als Individualvereinbarungen qualifiziert werden können: *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491 (519 ff.).

¹⁵ *Stadler*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 2009, § 305 Rn. 8.

¹⁶ *Miethaner*, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung - Zweck und Grenzen der Inhaltskontrolle vorformulierter Klauseln, Diss. München 2010, S. 1 f., S. 122.

¹⁷ Nur der Wortlaut gibt Auslegungsspielraum dahin gehend, wann eine Klausel ausgehandelt ist und wann nicht: Zum Begriff des „Ausgehandelns“ *Miethaner*, (Fn. 16), S. 136 ff.; v. *Westphalen*, ZIP 2007, 149 (150 ff.); *ders.*, NJW 2009, 2977 (2981).

¹⁸ *Wagner/Althen*, RIW 1995, 546.

¹⁹ RL 93/13/EWG.

²⁰ *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, Habil. Nürnberg 2003, S. 427, S. 437 f.

²¹ RL 93/13/EWG, S. 2.

²² *Riesenhuber*, (Fn. 20), S. 428.

²³ RL 93/13/EWG, S. 2.

²⁴ Vgl. RL 93/13/EWG, S. 2.

²⁵ *Kötz*, (Fn. 1), § 1 Rn. 16.

²⁶ *Basedow*, (Fn. 4), § 305 Rn. 23.

Richtlinie hinaus[geht]²⁷, nicht ausgeschlossen. Der hieraus folgenden „Gestaltungsfreiheit“ ist es geschuldet, dass „die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen erhebliche Unterschiede in der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle sowie in der verfahrensmäßigen Umsetzung auf[weisen]²⁸, und die EU-weit angestrebte Harmonisierung auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes mit Blick auf die Behandlung individuell ausgehandelter Vertragsbedingungen daher nicht gelungen ist. So ist beispielsweise in Schweden und Frankreich die Inhaltskontrolle individuell ausgehandelter Vertragsklauseln auch nach wie vor möglich.²⁹

II. Der Draft Common Frame of Reference (DCFR)³⁰

Der im Jahre 2003 von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene, Anfang 2008 zunächst als Interim Outline Edition, und schließlich im April 2009 in überarbeiteter Version als Outline Edition vorgelegte Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens für das Europäische Privatrecht (DCFR)³¹ enthält in Buch II („Contracts and other juridical acts“) unter anderem Regeln über den Vertragsschluss sowie Inhalt und Wirkungen von Verträgen („Contents and effects of contracts“).³² Chapter 9, Section 4 des zweiten Buchs enthält einen eigenen Abschnitt zur Kontrolle von missbräuchlichen Klauseln (sog. „unfair terms“). Dieser Abschnitt wird zunächst, basierend auf der Interim Outline Edition, auszugsweise dargestellt, da zwischenzeitlich eine wichtige Änderung vorgenommen wurde, die anhand der Outline Edition „aufgedeckt“ werden soll:

II.-9:403: Meaning of „not individually negotiated“

A term supplied by one party is not individually negotiated if the other party has not been able to influence its content, in particular because it has been drafted in advance, whether or not as part of standard terms.

In II.-9:403 (1) DCFR ist das Vorliegen von „nicht ausgehandelten“ Klauseln an die Tatbestandsvoraussetzung geknüpft, dass die andere Vertragspartei nicht imstande war, ihren Inhalt zu beeinflussen, insbesondere („in particular“) weil sie vorformuliert war, ob als Teil standardisierter Klauseln („standard terms“) oder nicht. „Standard

terms“ sind für mehrere Geschäfte, mit mehreren Parteien nicht individuell ausgehandelte, vorformulierte Vertragsbedingungen, I.-1:109 DCFR. Der Unterschied zum deutschen Recht ist schon auf den ersten Blick erkennbar: § 310 III Nr. 2 spricht davon, „dass der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung“ auf den Inhalt der Klausel keinen Einfluss nehmen konnte. Der deutsche Gesetzgeber schuf also mit § 310 III Nr. 2 das „Erfordernis der Kausalität zwischen fehlender Einflussnahmemöglichkeit und Vorformulierung“³³. Dieses Kausalverhältnis findet in II.-9:403 (1) DCFR aufgrund des den zweiten Halbsatz einleitenden „in particular“ gerade keine Berücksichtigung, sodass festzustellen ist, dass die Regelung des DCFR, ob eine Klausel individuell ausgehandelt wurde, von einer umgekehrten Kausalität ausgeht; die Vorformulierung mit hin nur ein Regelbeispiel darstellt, sodass auch spontan formulierte Vertragsbedingungen unter den Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle zu subsumieren sind.³⁴ In der Outline Edition von 2009 taucht II.-9:403 (1) DCFR in dieser Form nicht mehr auf; er ist weggefallen und an seine Stelle ist - der alte - II.-9:404 DCFR getreten.³⁵ Eine, schon in der Interim Outline Edition vorhandene und mit in die Outline Edition übernommene, unklare, weil zweideutige Regelung, findet sich in II.-9:403 DCFR wieder:

II.-9:403 (n.F.): Meaning of „unfair“ in contracts between a business and a consumer

In a contract between a business and a consumer, a term [which has not been individually negotiated] is unfair for the purpose of this Section if it is supplied by the business and if it significantly disadvantages the consumer, contrary to good faith and fair dealing.

Hier lässt das Regelwerk offen, ob individuell ausgehandelte Vertragsbedingungen der Klauselkontrolle unterliegen, da die Beschränkung auf nicht ausgehandelte Klauseln („not individually negotiated“) in Klammern steht.³⁶ Dies ist damit zu erklären, dass weder bei der Konzeption der Interim Outline Edition noch bei der Outline Edition des DCFR eine Einigung hinsichtlich einer eindeutigen Formulierung erzielt werden konnte.³⁷ Die Kontrolle indi-

²⁷ Heiderhoff, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Aufl. 2007, S. 38.

²⁸ Denninger, Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre rechtliche Bewältigung - Quo vadis, Europa?, Magisterarbeit Saarbrücken 2004, S. 62 ff.; Kieninger, RabelsZ 2009, 793 (794); Ranieri, Europäisches Obligationenrecht - Ein Handbuch mit Texten und Materialien, 3. Aufl. 2009, S. 405 ff.

²⁹ Hierzu kritisch Ranieri, (Fn. 28), S. 405, m.w.N.

³⁰ Sehr kritisch zum DCFR Jansen/Zimmermann, NJW 2009, 3401-3406; Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, JZ 2008, 529-550.

³¹ Riesenhuber/Karakostas, Inhaltskontrolle im nationalen und Europäischen Privatrecht, 2009, S. 50.

³² DCFR-Outline-Edition, S. 125; Miethaner, (Fn. 16), S. 131; Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, JZ 2008, 529 (530 f.).

³³ Miethaner, (Fn. 16), S. 133.

³⁴ Miethaner, (Fn. 16), S. 133; s. auch Riesenhuber/Karakostas, (Fn. 31), S. 72: „(...) die Fassung des DCFR [erscheint] vorzugswürdig.“

³⁵ Wieso, konnte nicht mit Sicherheit herausgefunden werden. S. aber DCFR-Outline-Edition, S. 4: „This edition is a revision (...) one of the purposes of publishing an interim edition was to provide an opportunity for interested parties to comment on the draft and make suggestions for improvement. The public discussion of the interim outline edition prompted the research groups to revise at various places the text which had already been published. (...) many suggestions for improvement have been gratefully adopted.“

³⁶ Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, JZ 2008, 529 (538): Hierin deutet sich freilich eine kontrollfreundige Tendenz an.

³⁷ Pfeiffer, in: Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, 2008, S. 1: „(...) the core provision on the unfairness of

viduell ausgehandelter Vertragsbedingungen ist demnach so lange möglich, wie die Beschränkung zur Disposition gestellt ist und damit zwei Varianten zur Bestimmung des Anwendungsbereichs in sachlicher Hinsicht existieren. Grundsätzlich bleibt also festzuhalten, dass auch Individualvereinbarungen nach dem DCFR auf ihren Inhalt hin überprüfbar sind. Jedoch beschreibt II.-9:406 DCFR den sachlichen Anwendungsbereich zumindest negativ und konkretisiert ihn damit ein Stück weit:

II.-9:406: Exclusions from unfairness test

(1) Contract terms are not subject to an unfairness test under this Section if they are based on: provisions of the applicable law; international conventions to which the Member States are parties, or to which the European Union is a party; or these rules.

(2) For contract terms which are drafted in plain and intelligible language, the unfairness test extends neither to the definition of the main subject matter of the contract, nor to the adequacy of the price to be paid.

An dieser Stelle sei der Vollständigkeit halber erwähnt, dass die von der Europäischen Kommission im April 2010 ins Leben gerufene Expert Group (on a European contract law) sich in einem am 3.5.2011 veröffentlichten Gutachten („feasibility study“) insbesondere mit der Frage beschäftigte, ob individuell ausgehandelte Klauseln der Angemessenheitskontrolle unterfallen sollen, und ist dabei zu folgendem Ergebnis gelangt:³⁸

Article 81: Meaning of “unfair“

(1) In a contract between a business and a consumer, a term supplied by the business is unfair for the purposes of this Section if it significantly disadvantages the consumer, contrary to good faith and fair dealing.

(2) For this purpose a term is supplied by the business if a version of it was included in terms originally supplied by the business, even if it has subsequently been the subject of negotiations with the consumer.

Artikel 81 (2) sieht also ausdrücklich eine Kontrolle von Klauseln vor, die zum Gegenstand von Vertragsverhandlungen geworden sind, und erweitert damit den sachlichen Anwendungsbereich der Klauselkontrolle in Verbraucher-

contract terms - Art. II.-9:404 [a.F. (= II.-9:403 n.F.)] DCFR - is one of the few provisions in the DCFR, which is phrased in two different versions due to circumstances that a consensus between the Acquis Group and the Study Group could not be achieved.“; *Miethaner*, (Fn. 16), S. 133 m.w.N.; *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529 (538): Die Study Group plädiert für eine umfassende Inhaltskontrolle.

³⁸ A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback, S. 2; <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/523>, Abruf v. 11.9.2011.

verträgen gegenüber II.-9:403 DCFR, der sich insofern nicht festlegen will.

III. Zwischenergebnis - Die Klauselrichtlinie und der DCFR

Schließlich ist fraglich, ob die deutsche Regelung nach § 305 I 3, die de iure dazu führt, dass Individualvereinbarungen kontrollfrei bleiben, unverändert bestehen bleiben soll. Denn ein Blick in andere europäische Rechtsordnungen zeigt, dass auch individuell ausgehandelte Vertragsbedingungen überprüft werden.³⁹ Ferner ist mit Blick auf den DCFR festzustellen, dass sich der europäische „Gesetzgeber“ nicht gegen eine Kontrolle individuell ausgehandelter Klauseln in Verbraucherverträgen entschieden hat. Erwähnt sei auch, dass bereits bei der Konzeption der RL 93/13/EWG erwogen wurde, alle Vertragsklauseln von Verbraucherverträgen, losgelöst von einer Differenzierung zwischen ausgehandelt und nicht ausgehandelt, einer Inhaltskontrolle zu unterwerfen.

D. Gründe für den „deutschen Weg“

Aufgrund dessen und mit Blick auf die im Zuge der Europäisierung stattfindende Harmonisierung mittels Angleichung verschiedener Privatrechtsordnungen innerhalb der EU ist fraglich, ob die zunehmend verbraucherorientierte Gesetzgebung⁴⁰ nicht als Leitbild für das deutsche AGB-Recht fungiert.⁴¹ Hierzu muss erörtert werden, weshalb das deutsche Schrifttum sowie die deutsche Rechtsprechung als auch der deutsche Gesetzgeber durch die geschaffenen Regelungen im BGB eine Kontrolle ausgehandelter Vertragsklauseln kategorisch ablehnen.⁴² Bei der Beantwortung dieser Frage bildet der Schutzzweck der AGB-Kontrolle das Zentralkriterium, weil sich der sachliche Anwendungsbereich hieran ausrichtet. Hierüber besteht jedoch seit Erlass des „Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ vom 9.12.1976 kein Konsens.⁴³ Im Wesentlichen haben sich im Lauf der letzten 30 Jahre drei Schutzzweckkonzeptionen herausgebildet,⁴⁴ sodass für dessen Ermittlung die Thematisierung der theoretischen Grundlagen der AGB-Kontrolle mit Fokus auf eine Analyse des Schutzzwecks der §§ 305 ff. durch eine Gegenüberstellung der unterschiedlichen Ansichten zwingend erforderlich ist.

I. Der Schutz des Schwächeren

Die wohl noch h.L. sieht den Zweck der AGB-Kontrolle im Schutz der schwächeren Vertragspartei und rechtfertigt auf diesem Wege auch die mit ihr einhergehende Einschränkung der Vertragsfreiheit.⁴⁵ Hiernach besteht zwischen Ver-

³⁹ Z.B. Schweden und zum Teil auch Frankreich.

⁴⁰ So auch *Hommelhoff*, AcP 192 (1992), 71 (92).

⁴¹ Hierzu *W.-H. Roth*, JZ 2001, 475 (488): „Das BGB kann von der Europäisierung des nationalen Rechts nicht verschont bleiben.“

⁴² *S. Ranieri*, (Fn. 28), S. 423.

⁴³ *Brandner/Ulmer*, BB 1991, 701.

⁴⁴ *Leuschner*, JZ 2010, 875 (877).

⁴⁵ *Kötz*, (Fn. 1), § 6 Rn. 243; *ders.*, JuS 2003, 209 ff.; *Leuschner*, JZ 2010, 875 (878).

braucher und Unternehmer ein wirtschaftliches, intellektuelles, informationelles und psychologisches Ungleichgewicht zulasten des Verbrauchers, das zu einem Defizit an Verhandlungsmacht führt, weshalb er prinzipiell schwächer ist und sich ohne Widerspruch den AGB unterwirft.⁴⁶ Hiergegen erheben sich jedoch Bedenken: Zum einen führt der Gedanke, die AGB-Kontrolle diene dem Schutz des Unterlegenen zu dem Fehlschluss, die Verwendung von AGB hänge stets mit einer wirtschaftlichen Übermacht zusammen. Dies ist jedoch in Anbetracht der Tatsache, dass AGB mitunter auch von gleich starken, überlegenen oder sogar marktbeherrschenden Unternehmen widerspruchlos akzeptiert werden, realitätsfremd.⁴⁷ Zum anderen widerspricht diese Auffassung der Intention des Gesetzgebers, der zwar mit dem AGB-Gesetz von 1976 zunächst ein reines Verbraucherschutzgesetz verabschieden wollte,⁴⁸ sich jedoch letztlich hiergegen entschieden hat, weil es sich im Gros der vom BGH anhand von § 242 entschiedenen Fälle gerade nicht um Verbraucherverträge handelte, sondern um Verträge zwischen Unternehmern.⁴⁹ Da AGB vorwiegend im Unternehmensverkehr auf ihren Inhalt hin überprüft werden,⁵⁰ kann der Zweck der AGB-Kontrolle nur schwerlich im Schutz des Verbrauchers gesehen werden.⁵¹ Ebenso wenig dient der Ausschluss individuell ausgehandelter Vertragsklauseln aus dem Anwendungsbereich der §§ 305 ff. dem Schutz des „Schwächeren“, sodass die Anwendung dieses Schutzzweckgedankens de lege ferenda zu einer Kontrolle von Individualvereinbarungen führt.⁵²

II. Transaktionskostenproblem

Eine im Schrifttum vertretene Meinung argumentiert, dass sich der Verbraucher nicht den AGB unterwirft, weil er dem Verwender generell persönlich, d.h. intellektuell, wirtschaftlich oder psychologisch, sondern weil er vielmehr situativ unterlegen sei. Zurückzuführen auf eine zwischen Verwender und Klauselgegner bestehende informationelle Imbalance, führt diese Unterlegenheit dazu, dass der Klauselgegner außerstande ist, die vorformulierten Vertragsbedingungen ad hoc auf Inhalt und Bedeutung hin zu überprüfen,⁵³ und zwar unabhängig davon, ob es sich bei dem Verbraucher um einen juristischen Laien oder einen Rechtskundigen handelt.⁵⁴ Unmaßgeblich ist, ob es sich um ein umfangreiches Klauselwerk handelt, da selbst Einsatzklauseln unverständlich erscheinen können.⁵⁵ Diese

situative Unterlegenheit ist jedoch insbesondere durch eine AGB-Analyse überwindbar, die aber ihrerseits mit finanziellen Aufwendungen verbunden ist.⁵⁶ Da die anfallenden Kosten in einem eklatanten ökonomischen Missverhältnis zum Vertragsgegenstand stehen können, hängt die Frage, ob der Kunde des Schutzes der §§ 305 ff. bedarf unmittelbar mit dem Bestehen eines Kosten-Nutzen-Ungleichgewichts zusammen.⁵⁷ Sinken also die Kosten einer AGB-Analyse unter die Kosten des Risikos (sog. positive Transaktionskosten-Vertragswert-Relation (pTVR)), sind sie dem Klauselgegner zuzumuten.⁵⁸ Umgekehrt begründet eine negative Transaktionskosten-Vertragswert-Relation (nTVR) die Schutzbedürftigkeit des Klauselgegners, ihm kann also gerade nicht zugemutet werden, „eigenverantwortlich für die Überwindung seines Informationsdefizits Sorge zu tragen“⁵⁹; dieser Schutzbedürftigkeit wird durch die richterliche AGB-Prüfung Rechnung getragen.

III. Informationsasymmetrie

Dieser Ansicht sehr ähnlich stellt eine andere Auffassung bei der Begründung des Schutzzwecks der AGB-Kontrolle auf eine ungleiche Verteilung wichtiger Informationen unter den Vertragsparteien ab,⁶⁰ sog. Informationsasymmetrie.⁶¹ Diese sei dem Umstand geschuldet, dass der Verbraucher als Klauselgegner grundsätzlich nicht die Möglichkeit habe, über AGB-Klauseln zu verhandeln, weil die moderne Wirtschaft kein Basar sei, wo über Preise und Konditionen gefeilscht werde.⁶² Da AGB aus Verbrauchersicht ohnehin nur eine untergeordnete, Preis und Vertragsgegenstand hingegen eine übergeordnete Rolle spielen, geht der US-amerikanische Wirtschaftswissenschaftler George A. Akerlof ganz allgemein davon aus, dass Autoverkäufer über die Qualität ihrer Gebrauchtwagen mehr wissen als ihre Käufer; zwischen ihnen mithin eine Asymmetrie an verfügbaren Informationen bestehe.⁶³ In diesem Zusammenhang spricht Akerlof davon, dass der Käufer aufgrund dessen nicht wisse, ob es sich bei einem bestimmten Auto um ein gutes oder schlechtes handle.⁶⁴ Dieses Phänomen lückenloser Information aufseiten des Verwenders und lückenhafter Information auf der Seite des Klauselgegners führt trotz rechtlicher Selbstbestimmung des Verbrauchers zu einer faktischen Fremdbestimmung durch den AGB-Verwender, da das Einverständnis zur Einbeziehung der AGB in den Vertrag - bestenfalls - schwach fundiert ist.⁶⁵ Der Verbraucher nimmt vertragliche Risiken, die sich aus AGB ergeben

⁴⁶ Kötz, JuS 2003, 209 (210 f.).

⁴⁷ Kötz, JuS 2003, 209 (211); Leuschner, JZ 2010, 875 (878).

⁴⁸ BT-DruckS. 6/2724 S. 8.

⁴⁹ Kötz, JuS 2003, 209 (210).

⁵⁰ Zur Anwendung der §§ 308 und 309 auf Verträge zwischen Unternehmern entgegen § 310 I in der Gerichtspraxis, vgl. Kötz, JuS 2003, 209 (210).

⁵¹ Denkinger, (Fn. 28), S. 35: „(...) das deutsche AGBG [ist] nicht als Verbraucherschutzgesetz konzipiert (...)“; Ranieri, (Fn. 28), S. 385 f.

⁵² Leuschner, JZ 2010, 875 (878).

⁵³ Leuschner, JZ 2010, 875 (879).

⁵⁴ Kötz, JuS 2003, 209 (211).

⁵⁵ Leuschner, JZ 2010, 875 (879).

⁵⁶ Leuschner, JZ 2010, 875 (879).

⁵⁷ Kötz, JuS 2003, 209 (211); Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771 (788); Leuschner, JZ 2010, 875 (879).

⁵⁸ Leuschner, JZ 2010, 875 (880); Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771 (791) m.w.N.

⁵⁹ Leuschner, JZ 2010, 875 (880).

⁶⁰ Kötz, JuS 2003, 209 (212).

⁶¹ Canaris, AcP 200 (2000), 273 (324).

⁶² Canaris, AcP 200 (2000), 273 (323 ff.).

⁶³ Akerlof, Quarterly Journal of Economics 84 (1970), 488 (489).

⁶⁴ Akerlof, Quarterly Journal of Economics 84 (1970), 488 (489).

⁶⁵ Canaris, AcP 200 (2000), 273 (323 ff.).

mithin gar nicht wahr,⁶⁶ weshalb der Zweck der Inhaltskontrolle in der Kompensation der Informationsasymmetrie durch die Schaffung von Mindeststandards, an denen die Wirksamkeit von Vertragsklauseln zu messen ist, gesehen wird.

IV. Zwischenergebnis - Gründe für den „deutschen Weg“

Die erste Auffassung kommt zu dem Ergebnis, den Inhalt individuell ausgehandelter Klauseln zu kontrollieren. Ihr gebührt jedoch aus den oben genannten Gründen nicht der Vorzug. Nach der zweiten und dritten Auffassung müssen Individualvereinbarungen konsequenterweise kontrollfrei bleiben, sobald die Vertragspartner konsensual bei der Vertragsgestaltung zusammenwirken. In diesen Fällen besteht nämlich weder die Gefahr einer nTVR, noch die einer Informationsasymmetrie zulasten des Verbrauchers, sodass ein entsprechendes Bedürfnis, ihn durch die §§ 305 ff. zu schützen, gerade nicht besteht. Festzuhalten ist, dass eine Kontrolle missbräuchlicher Individualvereinbarungen mit einer reinen Ergebniskontrolle und -korrektur gleichzusetzen ist, den Marktteilnehmern eigenverantwortliche Entscheidungen abgenommen werden, der Grundsatz *pacta sunt servanda* - auch wenn dieser zu keiner Zeit ohne Ausnahme galt⁶⁷ - hierdurch erheblich beeinträchtigt wird,⁶⁸ die Betroffenen in ihrer Vertragsfreiheit⁶⁹ unverhältnismäßig eingeschränkt werden, und daher abzulehnen ist. Zudem hat der BGB-Gesetzgeber schon durch § 307 III klargestellt, dass die Erstreckung der Inhaltskontrolle auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht möglich ist.⁷⁰ Dies ist auch begrüßenswert, da sich der Preis nach Angebot und Nachfrage richtet, Nachfrager also grundsätzlich selbst bestimmen, welchen Preis sie für welches Gut bereit sind zu zahlen.⁷¹ Zudem findet die Vertragsfreiheit ihre Grenzen ohnehin in den Generalklauseln des BGB, §§ 134, 138, 242.⁷² Preisgerechtigkeit wird also schon hierdurch erreicht. Die Notwendigkeit einer justiziellen Preiskontrolle ist daher nicht gegeben.⁷³ Schließlich spricht gegen die Kontrolle individuell vereinbarter Vertragsbedingungen, dass der Verbraucher selbst dann nicht schutzlos ist, wenn er keinen AGB-Vertrag schließt. Denn die Generalklauseln decken einen Bereich typischer Unterlegenheit des Verbrauchers gegenüber einem Unternehmer ab und gewährleisten damit einen besonderen Schutz.⁷⁴

⁶⁶ Kötz, JuS 2003, 209 (213).

⁶⁷ Riesenhuber, (Fn. 20), S. 562.

⁶⁸ Canaris, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: Badura/Scholz (Hrsg.), FS Lerche, 873 (888 f.).

⁶⁹ Zum Begriff und der Bedeutung der Vertragsfreiheit, s. Kötz, JuS 2003, 209 f.

⁷⁰ Ranieri, (Fn. 28), S. 423.

⁷¹ Canaris, (Fn. 68), 873 (885).

⁷² BT-DruckS. 13/8445 S. 86; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 3. Aufl. 1979, § 1 S. 2: „Die Privatautonomie findet ihre Grenze an den ‚guten Sitten‘.“

⁷³ Vgl. Ranieri, (Fn. 28), S. 1311.

⁷⁴ Ranieri, (Fn. 28), S. 1309 ff.

E. Resümee

Eine Inhaltskontrolle individuell ausgehandelter Klauseln würde letztlich dazu führen, dass ein Vertrag, der durch eine individuell-konsensuale Gestaltung durch die Vertragsparteien geschaffen wurde und somit das Ergebnis der Selbstbestimmung von beiden Vertragsschließenden ist, der Rechtfertigung bedürfte, um rechtlich so bestehen bleiben zu können, wie er ursprünglich gewollt war. Der Versuch, die Richtigkeit des Klauselwerks eines Vertrags im Wege richterlicher Kontrolle infrage zu stellen, kann nicht gelingen, denn „[d]er Vertrag ist ‚richtig‘, weil und soweit er von der beiderseitigen Selbstbestimmung der Vertragsschließenden getragen ist“⁷⁵ und gerade nicht, weil ein objektiver Dritter außerhalb des Anwendungsbereichs der richterlichen Prüfung unangemessener Benachteiligung gem. den §§ 305 ff. und weit entfernt von der Notwendigkeit, die Vertragsgerechtigkeit durch die Einhaltung von Mindeststandards über die zivilrechtlichen Generalklauseln §§ 134, 138, 242 herzustellen, d.h. im kontrollfreien privatautonen Gestaltungsbereich ex post entscheidet, was billig und unbillig ist.⁷⁶ Daher führt jede Kontrolle von Individualverträgen nicht nur zu einer Überschreitung der vom Gesetz vorgesehenen Prüfungs Kompetenzen, sondern darüber hinaus per argumentum a minore ad maius zu einem falschen Ergebnis. I.E. widerspricht eine „AGB-Kontrolle bei ausgehandelten Verträgen“ dem Grundgedanken der Privatautonomie: *stat pro razione voluntas!* Denn dort, wo „die Selbstbestimmung der Privatautonomie gilt, gibt es keine Fremdbestimmung, auch nicht die Bestimmung des Richters“⁷⁷. Diese Arbeit gelangt damit zu dem Ergebnis, dass der Ausschluss individualvertraglicher Vereinbarungen gem. § 305 I 3 sinn- und zweckgerecht ist.

⁷⁵ Flume, (Fn. 72), § 1 S. 7 f.; so auch schon Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), 130 (149 ff.).

⁷⁶ S. Riesenhuber, (Fn. 20), S. 564: Dem Staat fehle es auch an Maßstäben zur Beurteilung des Austauschverhältnisses.

⁷⁷ Flume, (Fn. 72), § 1 S. 6; s. Riesenhuber, (Fn. 20), S. 564.