

glänzende Laufbahn eingeschlagen habe¹⁵³. Und *Gottfried Salomon* resümierte schon 1921: „Lorenz von Stein hatte als Jurist angefangen, aber mit der Sicherheit des Genies begriffen, daß im 19. Jahrhundert die gesellschaftlichen an die Stelle der politisch-rechtlichen Probleme traten und ihren Unterbau darstellten.“¹⁵⁴ Dies erklärt dann auch Steins berühmten Satz zum Verhältnis von Verfassung und Verwaltung zu Beginn seines Handbuchs der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts; Verwaltung und Verwaltungsrecht sind ihm nach der Phase der Verfassungsdiskussionen und -kämpfe die Mittel der Zeit zur Gestaltung von Staat und Gesellschaft, insbesondere zur Lösung der sozialen Frage.

Nicht jeder Gedanke Steins ist heute ohne weiteres anschlussfähig, aber die Gewinnung neuer Erkenntnisse in der Staats- und Verwaltungswissenschaft wird nur möglich sein, wenn die deutsche Verwaltungswissenschaft nicht an seinem

153 W. Schmidt (Fn. 6), S. 69.

154 Salomon (Fn. 22), S. XI.

Werk vorbeigeht, sondern „wenn sie durch sein Werk hindurchgeht“¹⁵⁵. Gerade das systemische, ganzheitliche Denken Steins wird heute dringender denn je benötigt, wenn die Herausforderungen von Gegenwart und Zukunft noch mit der Steuerungskraft des Rechtsstaates und seiner Verwaltung bewältigt werden sollen. Eine Rückbesinnung auf seine Staatswissenschaften wäre ein tauglicher Ausgangspunkt für neue wissenschaftliche Kategorisierungen, aber auch für praktische politische Lösungsansätze. Der deutsche Idealismus, dessen wohl letzter staatswissenschaftlicher Vertreter Stein war, mutet in der heutigen Zeit gesellschaftlicher und politischer Erstarrung geradezu als wohlthuender Frühling, als kräftiger Sonnenstrahl auf ein reformbedürftiges Gemeinwesen an.

155 W. Schmidt (Fn. 6), S. 128. Zur Aktualität Lorenz von Steins auch *Utz Schliesky*, Von der organischen Verwaltung Lorenz von Steins zur Netzwerkverwaltung im Europäischen Verwaltungsverbund, 2009, S. 2 ff., 26 f.

Professor Dr. Phillip Hellwege, M.Jur. (Oxon.), Augsburg*

Die §§ 307–309 BGB enthalten zwei Formen der Inhaltskontrolle

Zwei Streitfragen prägen den modernen AGB-rechtlichen Diskurs: Zum einen ist die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle nach wie vor streitig. Geht es um Schwächerenschutz, oder wird mit der Kontrolle auf ein partielles Marktversagen reagiert? Zum anderen sehen viele die Inhaltskontrolle in ihrer Anwendung auf den Unternehmerverkehr als zu streng an. Der Beitrag schlägt eine Neuausrichtung des sogenannten AGB-Rechts vor: Beide Begründungen der Inhaltskontrolle rechtfertigen eine jeweils eigene Form der Inhaltskontrolle. Es handelt sich um die Kontrolle von einseitig gestellten Bedingungen einerseits und die von AGB andererseits. Beide Formen der Inhaltskontrolle überlappen in ihrem sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich.

I. Einleitung

Die These dieses Beitrags ist einfach:¹ Die §§ 307 ff. BGB enthalten zwei Formen der Inhaltskontrolle, nämlich die Kontrolle einseitig gestellter Bedingungen in (vor allem, aber de lege ferenda nicht nur) Verbraucherverträgen und die von AGB im (vor allem, aber nicht nur) Unternehmerverkehr. Beiden Formen liegt eine unterschiedliche Rechtfertigung zugrunde, und daraus folgt eine im Detail jeweils eigene Ausgestaltung. Sie werden im AGB-rechtlichen Diskurs indes nicht auseinander gehalten. Das hat folgende Gründe: Beide Formen überlappen in ihrer Anwendung. Hauptanwendungsfall sind jeweils AGB. Daher spricht man auch schlicht vom AGB-Recht, obwohl dies mit Blick auf die Kontrolle einseitig gestellter Bedingungen in Verbraucherverträgen ungenau ist. Zudem sind beide Formen in den §§ 307 ff. BGB gemeinsam geregelt. Der AGB-rechtliche

Diskurs unterscheidet also nicht sauber zwischen diesen beiden Formen der Inhaltskontrolle. Er zieht eine andere Grenze, und zwar zwischen der Inhaltskontrolle in Verbraucherverträgen und der im Unternehmerverkehr. Im Kern geht es dabei um die Frage, ob die §§ 305 ff. BGB in ihrer Anwendung auf den Unternehmerverkehr durch die Rechtsprechung noch angemessen sind. Viele Autoren verneinen das. Mit der These dieses Beitrags ist es möglich, diese Streitfrage in einen neuen Zusammenhang zu stellen.

II. Die §§ 305–310 BGB: Gesetzgebungstechnisch mißlungen!

Um meine These zu entwickeln werde ich die §§ 305 ff. BGB zunächst aus gesetzgebungstechnischer Sicht beleuchten, und zwar vor allem mit Blick auf die Unterscheidung zwischen Verbraucher- und Unternehmerverträgen. Die Einzelbeobachtungen sind dabei bekannt. In ihrer Gesamtschau werden sie zu dem – bewußt zugespitzt formulierten – Befund hinleiten, daß die §§ 305 ff. BGB gesetzgebungstechnisch mißlungen sind.

Auf den ersten Blick scheint es, als habe sich der Gesetzgeber in den §§ 305 ff. BGB von klaren Überlegungen leiten lassen. Die Abschnittsüberschrift erweckt den Eindruck, als seien AGB primärer Regelungsgegenstand. Bestärkt wird dieser Eindruck durch die prominente Stellung der AGB-Definition in § 305 Abs. 1 BGB. In den nachfolgenden Vorschriften schreitet der Gesetzgeber auf geradezu vorbildliche Weise von der Einbeziehung über die Auslegung hin zur Inhaltskontrolle. Dabei sind die §§ 305–309 BGB auf AGB hinformuliert. Als Folge spricht die Literatur vom AGB-Recht. Eine Unterscheidung zwischen Verbraucher- und Unternehmerverträgen findet sich in den §§ 305–309 BGB nicht.

Erst § 310 BGB führt zahlreiche Differenzierungen ein. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB weitet die Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen auf nicht individuell ausgehandelte Ver-

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Rechtsgeschichte, Universität Augsburg.

1 Vgl. schon *Phillip Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, 2010, S. 566 ff.

tragsbedingungen aus. Daß der Gesetzgeber Normen allgemein faßt und dann für Sonderfälle modifiziert, ist nicht unüblich. Doch im vorliegenden Zusammenhang ist diese Regelungstechnik problematisch. Die Inhaltskontrolle hat zwei Hauptanwendungsfälle: Verbraucher- und Unternehmerverträge. Für einen dieser Hauptanwendungsfälle erklärt erst § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB, daß die auf AGB hin formulierten Vorschriften auch auf nicht individuell vereinbarte Klauseln Anwendung finden. Der Verweis der Abschnittsüberschrift und des Normtextes auf AGB ist damit irreführend. In Verbraucherverträgen sind Gegenstand der Inhaltskontrolle eben individuell nicht ausgehandelte Bedingungen. Aber auch im zweiten Hauptanwendungsfall der Inhaltskontrolle darf man die §§ 307–309 BGB nicht unmodifiziert anwenden. Man muß § 310 Abs. 1 BGB beachten: Die Klauselverbote in §§ 308–309 BGB finden keine Anwendung, und auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen. Die §§ 307–309 BGB werden nach alledem nur in Sonderfällen unmodifiziert angewendet: bei Verträgen zwischen zwei Verbrauchern sowie bei Verträgen unter Beteiligung einer Person, die weder Verbraucher noch Unternehmer ist.

Daß der Gesetzgeber nicht den Regelfall in den §§ 307–309 BGB erfaßt hat, sondern daß sie ohne Modifikationen nur auf atypische Fälle angewendet werden können, hat einen großen Nachteil: Versuchen Theorie und Praxis die teleologischen Grundlagen der Inhaltskontrolle herauszuarbeiten, gehen sie vom Text der §§ 307–309 BGB aus, der aber unmodifiziert eben nur für wenige Sonderfälle gilt. Die Defizite der derzeitigen Debatte um eine Reform des AGB-Rechts sind zu einem Großteil darauf zurückzuführen, daß der Normtext den Blick auf die Regelfälle verstellt.

Der Leser mag einen Einwand erheben: Stimmt es, daß die §§ 307–309 BGB in ihrer unmodifizierten Anwendung nur Sonderfälle betreffen? Auch für Verbraucherverträge stehen AGB praktisch im Vordergrund, so daß §§ 307–309 BGB angewendet werden können, ohne daß es auf die Modifikation des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB ankommt! – Aber genau das ist das Problem, um das es mir geht: Arbeitet man die theoretischen und teleologischen Grundlagen einer „AGB-rechtlichen“ Inhaltskontrolle in Verbraucherverträgen heraus, so läßt man die Erweiterung des Kontrollgegenstandes in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB außen vor und diese Erweiterung wird von dem so erarbeiteten Erklärungsversuch daher auch nicht mehr erfaßt.

Die Ursache dieser Gemengelage ist einfach: Der Kernbestand der §§ 305–310 BGB geht auf das AGBG von 1976 zurück. Das AGBG enthielt bereits eine dem § 310 Abs. 1 BGB vergleichbare Vorschrift, die freilich nicht von Unternehmern, sondern von Kaufleuten sprach. Auf alle übrigen Fälle fanden die Vorgängervorschriften zu §§ 307–309 BGB unmodifiziert Anwendung. Erst mit Umsetzung der Klauselrichtlinie führte der deutsche Gesetzgeber die Vorgängervorschrift von § 310 Abs. 3 BGB ein mit der Folge, daß nun auch die Inhaltskontrolle in Verbraucherverträgen abweichend von den §§ 307–309 BGB geregelt wird.

III. Allgemeine Geschäftsbedingungen im Unternehmerverkehr

§ 310 Abs. 1 BGB gibt dem Gesetzesanwender die Möglichkeit, zwischen der Inhaltskontrolle in Unternehmerverträgen und der in allen übrigen Fällen zu unterscheiden. Die Klauselverbote der §§ 308 f. BGB finden im Unternehmerverkehr

keine Anwendung. Und auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen. Die Rechtsprechung hat diese Möglichkeit nicht aufgegriffen. Der Befund ist bekannt:² Die Rechtsprechung geht davon aus, daß die §§ 308 f. BGB im Unternehmerverkehr die Unangemessenheit einer Klausel indizieren. Gewohnheiten und Gebräuche werden sodann herangezogen, um diese Wirkung der §§ 308 f. BGB zu neutralisieren.

Aber nicht nur die Auslegung des § 310 Abs. 1 BGB wirkt sich auf die Inhaltskontrolle im Unternehmerverkehr aus, sondern auch die des § 305 Abs. 1 BGB. Nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt es sich um AGB, wenn Vertragsklauseln für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind und der anderen Vertragspartei gestellt werden. Nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB liegen AGB nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind. Die Rechtsprechung legt die Vorschrift auch im Unternehmerverkehr streng aus:³ Für § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB genüge eine dreimalige Verwendungsabsicht, die sogar vermutet werden könne. Sodann ist es im Rahmen des § 305 Abs. 1 Satz 3 nicht ausreichend, daß die Parteien überhaupt in Vertragsverhandlungen getreten sind oder daß sie über einzelne Klauseln verhandelt haben. Der Verwender muß die Klausel, die nunmehr einer Inhaltskontrolle unterworfen werden soll, ernsthaft zur Disposition gestellt haben. Nur dann handelt es sich um keine AGB mit der Folge, daß auch keine Inhaltskontrolle stattfindet.

Gegen diese Anwendung der §§ 305 ff. BGB im Unternehmerverkehr regt sich in der Literatur seit langem, aber nicht unwidersprochen,⁴ Widerstand.⁵ Auf diese Diskussion möchte ich an dieser Stelle nicht im einzelnen eingehen, zu unüberschaubar in ihrer Zahl und inhaltlich vielfältig sind die Stellungnahmen. Ich möchte beispielhaft nur den Reformvorschlag des Zivilrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins aus dem Jahre 2012 vorstellen. Er schlägt vor allem eine Reform des § 310 Abs. 1 BGB vor. § 310 Abs. 1 Nr. 1 des Entwurfes modifiziert den § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB insofern, als es nicht mehr erforderlich sein soll, daß genau die einzelne Klausel, die nun einer Inhaltskontrolle unterzogen werden soll, vom Verwender zur Disposition gestellt worden ist. Verhandlungen „über den Vertrag [...] im Einzelnen“ sollen ausreichen. § 310 Abs. 1 Nr. 2 des Entwurfs erklärt §§ 308 f. BGB für unanwendbar. Doch bleibt § 307 Abs. 1 und 2 unberührt. Der Entwurf zielt damit gegen die Wirkung der §§ 308 f. BGB, die nach ständiger Rechtsprechung auch im Unternehmerverkehr eine Unangemessenheit indizieren. § 310 Abs. 1 Nr. 3 des Entwurfs will im Unternehmerverkehr von der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts abweichen und an dessen Stelle der „vernünftigen unternehmerischen Praxis“ eine solche Funktion zuerkennen. § 310 Abs. 1 Nr. 4 des Entwurfs möchte schließlich demjenigen Unternehmer die Berufung auf die Unwirksamkeit einer Klausel verwehren, von dem nach Treu und Glauben hätte erwartet werden können, daß er die Chance von

² Siehe nur die Darstellung bei Jürgen Basedow, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, § 310 Rn. 7ff., mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung.

³ Siehe nur die Darstellung bei Tobias Miethaner NJW 2010, 3121 ff.; ders., AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, 2010. Siehe beispielhaft die Kritik von DAV-Zivilrechtsausschuss AnwBl. 2012, 402 ff. (405); Christian Kessel/Andreas Jüttner BB 2008, 1350 ff.

⁴ Siehe beispielhaft Friedrich Graf von Westphalen BB 2013, 1357 ff.; ders. AnwBl. 2013, 850 ff.; ders. BB 2010, 195 ff.; ders. NJW 2009, 2977 ff.

⁵ Siehe beispielhaft Raphael Koch BB 2010, 1810 ff.; Ingeborg Schwenzler/Friedwald Lübbert AnwBl. 2012, 292; Klaus Peter Berger NJW 2010, 465 ff.

Verhandlungen ergreift, um sich gegen die unangemessene Klausel zu wehren.

IV. Die zwei Formen der Inhaltskontrolle

Vor dem Hintergrund dieser einleitenden Beobachtungen möchte ich nun meinen Vorschlag zur Neuausrichtung des sogenannten AGB-Rechts entwickeln: Die §§ 307–309 BGB enthalten zwei Formen der Inhaltskontrolle, die in ihrer Anwendung zwar überlappen, jedoch strikt voneinander zu trennen sind. Zu unterscheiden sind die Inhaltskontrolle einseitig gestellter Bedingungen in (vor allem, aber de lege ferenda nicht nur) Verbraucherverträgen und die Kontrolle von AGB im (vor allem, aber nicht nur) Unternehmerverkehr. Ich werde nun die jeweils unterschiedlichen Grundlagen und die jeweils eigene Ausgestaltung beider Formen herausarbeiten.

1. Die theoretischen und teleologischen Grundlagen im Vergleich

Die theoretischen und teleologischen Grundlagen liefern die Rechtfertigung für die Inhaltskontrolle, für den mit ihr verbundenen Eingriff in den einmal geschlossenen und damit grundsätzlich seinem Inhalt nach für die Parteien bindenden Vertrag, mithin für die Ausnahme vom Grundsatz *pacta sunt servanda*.⁶ Seit jeher sind diese Grundlagen der Inhaltskontrolle umstritten.⁷ Heute beschränkt sich die Debatte auf zwei Begründungsansätze.

a) Zwei konkurrierende Begründungsansätze

Die einen behaupten, die Inhaltskontrolle sei eine Reaktion auf die Unterlegenheit des Vertragspartners des Klauselverwenders.⁸ Er sei eventuell auf die Leistung angewiesen. Auf ein Kontrahieren ohne Klauseln lasse sich ihr Verwender aber nicht ein. Die Möglichkeit eines Wegverhandelns sei von vornherein ausgeschlossen. Daher unternehme der Vertragspartner auch erst keinen Verhandlungsversuch. Er sei dem Verwender mithin wirtschaftlich, sozial, intellektuell oder psychologisch unterlegen. Es gehe mit anderen Worten um den Schutz der schwächeren Vertragspartei.

Andere meinen, die Inhaltskontrolle sei eine Reaktion auf ein partielles Marktversagen, das vor allem auf ein Motivationsgefälle zurückzuführen sei.⁹ Dieses Motivationsgefälle resultiert wiederum aus einem rationalen Desinteresse des Vertragspartners. Der Verwender bietet ein einheitliches Produkt oder eine einheitliche Leistung an. Bei jedem Vertrag stellen sich zahlreiche Fragen der Vertragsabwicklung. Der Verwender möchte diese Fragen einheitlich regeln. Jede Klausel hat einen bestimmten Wert, der sich vielleicht nur dadurch errechnet, daß der Verwender weiß, daß bei einem bestimmten Prozentsatz aller Verträge ein bestimmter kostenintensiver Sonderfall eintritt: die Kaufsache ist defekt; der Vertrag muß rückabgewickelt werden; der Käufer zahlt nicht. Eine Regelung dieser Fälle lohnt sich für den Verwender wegen des wiederkehrenden Einsatzes von AGB. Für ihn

rechnet es sich, Kosten in ihre Ausarbeitung zu investieren. Anders sieht es auf Seiten des Vertragspartners aus: Er sieht sich nur einmal mit den Klauseln dieses Verwenders konfrontiert. Mit Blick auf den Wert einer einzigen Klausel oder mit Blick auf den Wert des Vertrages rechnet es sich für ihn nicht, sich mit dem Inhalt der AGB auseinanderzusetzen. Es geht nach diesem Ansatz also primär nicht um den Schutz des individuellen Vertragspartners. Es geht um die überindividuelle Beobachtung, daß es aufgrund des partiellen Marktversagens nicht zu einer Bereinigung des Marktes von unangemessenen Klauseln durch Marktmechanismen kommt.

Der AGB-rechtliche Diskurs erweckt den Eindruck, als müßte man sich zwischen beiden Begründungsansätzen entscheiden. Es wird behauptet, die Inhaltskontrolle der §§ 307–309 BGB sei einzig als Reaktion auf ein partielles Marktversagen erklärbar.¹⁰ Oder es wird allein auf den Schwächerenschutz verwiesen.¹¹ Viele Autoren berufen sich auch gleichzeitig auf beide Ansätze, lassen dabei aber das Verhältnis beider zueinander offen.¹²

b) Die Defizite des Gedankens des Schwächerenschutzes

Der AGB-rechtliche Diskurs hat meines Erachtens gezeigt, daß *beide* Begründungen die Inhaltskontrolle der §§ 307–309 BGB nicht vollständig erklären können. Die Autoren, die auf das partielle Marktversagen verweisen, führen ins Feld, der Schwächerenschutz als Begründung taue schon deshalb nichts, weil der Nachweis einer wirtschaftlichen, sozialen, intellektuellen oder psychologischen Unterlegenheit im konkreten Einzelfall keine positive Voraussetzung für die Anwendung der Inhaltskontrolle sei.¹³ Das ist ein untaugliches Argument. Denn der Gesetzgeber darf typisierend vorgehen.¹⁴ Erweist sich, daß der Vertragspartner eines Verwenders typischerweise wirtschaftlich, sozial, intellektuell oder psychologisch unterlegen ist, so kann der Gesetzgeber als Reaktion auf diese Unterlegenheit eine Inhaltskontrolle einführen und darf darauf verzichten, daß der Vertragspartner seine Unterlegenheit positiv darlegen und beweisen muß, um sich auf die Inhaltskontrolle berufen zu dürfen. Und aus Gründen der Rechtssicherheit darf der Gesetzgeber auch darauf verzichten, dem Verwender den Gegenbeweis zu ermöglichen, daß im konkreten Fall keine Unterlegenheit vorlag. Ein solcher typisierender Ansatz ist aus anderen Bereichen bekannt.¹⁵ So wird ein Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften wegen einer situativen Unterlegenheit gewährt, ohne daß der Verbraucher beweisen muß, daß er situativ unterlegen war. Der Gesetzgeber geht in Haustürsituationen vielmehr von einer Unterlegenheit aus. Zudem ist es dem Unternehmer nicht möglich, diese Vermutung zu widerlegen. Ein solcher Ansatz dient der Rechtssicherheit, stellt

⁶ Siehe beispielhaft *Barbara Dauner-Lieb* AnwBl. 2013, 845 ff. (846).

⁷ Siehe beispielhaft die Darstellung von *Ulrich Wackerbarth* AcP 200 (2000), 45 ff.; *Hellwege* (Fn. 1), S. 540 ff.

⁸ Beispielhaft *Reinhard Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. 2011, Rn. 1744.

⁹ Beispielhaft *Patrick C. Leyens/Hans-Bernd Schäfer* AcP 210 (2010), 771 ff. (774 f.); *Eva-Maria Kieninger* AnwBl. 2012, 301 ff. (301); *Hein Kötz* JuS 2003, 209 ff.

¹⁰ Beispielhaft *Kieninger* AnwBl. 2012, 301; *Dauner-Lieb* AnwBl. 2013, 847; *Lars Leuschner* JZ 2010, 875 ff.

¹¹ Beispielhaft *Bork* (Fn. 8), Rn. 1744. Ähnlich *Klaus Peter Berger/Lucas Kleine* NJW 2007, 3526 ff. (3529); *dies.* BB 2007, 2137 ff., die für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr auf die geringere Schutzbedürftigkeit von Unternehmern verweisen und damit implizit voraussetzen, es gehe auch im Unternehmerverkehr um Schutz eines individuellen Vertragspartners.

¹² So geht etwa der DAV-Zivilrechtsausschuss AnwBl. 2012, 403, davon aus, daß *zumindest* im Unternehmerverkehr das AGB-Recht nicht dem Schwächerenschutz dient, läßt damit aber das Verhältnis beider Schutzkonzepte zueinander vollkommen offen.

¹³ So *Basedow*, in: MünchKommBGB (Fn. 2), § 305 Rn. 4; *Thomas R. Hannemann* AnwBl. 2012, 314 ff. (314).

¹⁴ *Hellwege* (Fn. 1), S. 555, 569 ff.

¹⁵ *Manfred Wolf/Jörg Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012, § 43 Rn. 12.

den Gesetzgeber aber auch vor Herausforderungen, muß er doch die Situation, in welcher der Verbraucher Schutz verdient, so genau wie möglich erfassen: Der typisiert normierte Schutzmechanismus muß alle Fälle erfassen, in denen der Verbraucher schutzwürdig ist, ohne dabei überschießend zu sein.

Der Gesetzgeber durfte also darauf verzichten, daß der Vertragspartner seine Unterlegenheit positiv nachweist, um sich auf die Inhaltskontrolle zu berufen. Dennoch hat der Gesetzgeber die besonderen Herausforderungen eines typisierenden Ansatzes nicht bewältigt, wenn man die Inhaltskontrolle allein auf den Gedanken des Schwächerenschutzes zurückführen möchte. Die Befürworter des partiellen Marktversagens verweisen nämlich auch darauf, daß im Unternehmerverkehr eine Unterlegenheit regelmäßig nicht vorliegt.¹⁶ Die Parteien treten hier einander oftmals auf gleicher Augenhöhe entgegen. Würde man die Inhaltskontrolle allein auf den Gedanken des Schwächerenschutzes zurückführen, wäre der typisierende Regelungsansatz insoweit auf eine nicht hinnehmbare Weise überschießend.

c) Die Defizite des partiellen Marktversagens als Rechtfertigung der Inhaltskontrolle

Aber auch mit dem Ansatz des partiellen Marktversagens kann man die Inhaltskontrolle der §§ 307–309 BGB nicht in ihrer Gesamtheit abbilden. So ist nicht begründbar, warum die Inhaltskontrolle in Verbraucherverträgen nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf einseitig gestellte Bedingungen erstreckt wird.¹⁷ Einseitig gestellte Bedingungen unterscheiden sich dadurch von AGB, daß sie nicht für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, sondern nur für einen einzigen. Bei solchen Bedingungen besteht das Motivationsgefälle nicht. Denn wenn es sich für den Verwender rechnet, eine Bedingung für eine einmalige Verwendung zu entwerfen, dann muß es sich in der Regel auch für den Vertragspartner rechnen, sie einer genauen Prüfung zu unterziehen. Zudem ist nicht erklärbar, warum es nach § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB für die Definition von AGB unerheblich sein soll, welchen Umfang AGB haben. Wird der Vertragspartner nur mit einer einzigen, vielleicht sogar sehr klar und knapp formulierten Klausel konfrontiert, so kann er sich kaum auf ein rechtlich erhebliches Motivationsgefälle berufen. Vielmehr darf die Rechtsordnung von dem Vertragspartner in einem solchen Fall verlangen, daß er sich von der Klausel angesprochen fühlt und auf sie reagiert.

Darüber hinaus führt der Gedanke des partiellen Marktversagens zu nicht hinnehmbaren Schutzlücken.¹⁸ Die Vertreter dieses Ansatzes verweisen auf das rationale Desinteresse des Vertragspartners. Mit Blick auf den Vertragswert oder den Wert einzelner Klauseln ist es für ihn ökonomisch nicht sinnvoll, sich mit dem Klauselinhalt auseinanderzusetzen. Im Umkehrschluß soll die Inhaltskontrolle immer dann ausgeschlossen sein, wenn von dem Vertragspartner mit Blick auf die ökonomische Bedeutung des Vertrages oder der Klausel eine Auseinandersetzung mit dem Inhalt gerade verlangt sowie erwartet werden konnte, daß er in Verhandlungen über den Klauselinhalt eintritt. Wenden wir diesen Gedanken auf Verträge an, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, dann hätte das nicht hinnehmbare Folgen: Mietet ein Verbraucher für sich und seine Familie Wohnraum, so ist das für ihn ein ökonomisch wie auch persönlich ausgesprochen

bedeutendes Geschäft. Die Jahresmiete erreicht schnell einen fünfstelligen Betrag; Mietverhältnisse laufen zudem über viele Jahre. Nimmt man den Wert einzelner Klauseln in den Blick, dann gilt nichts anderes: Jeder Mieter weiß, daß Formularmietverträge Schönheitsreparaturklauseln enthalten und daß eine Schönheitsreparatur am Ende eines Mietverhältnisses schnell einen vierstelligen Betrag kosten kann. Ökonomisch macht es für einen Mieter Sinn, sich vor Vertragsschluß mit den Klauseln des Mietvertrages auseinanderzusetzen und mit dem Vermieter in Verhandlungen zu treten, wenn er sie nicht akzeptieren möchte. Schließt ein Verbraucher eine Berufsunfähigkeitsversicherung ab, dann weiß er, daß ihn der Versicherungsschutz über die Jahre viel Geld kosten wird. Er weiß auch, daß bei Eintritt des Versicherungsfalles seine ökonomische Existenz davon abhängt, daß die Versicherung zahlt. Und er weiß, daß die Frage, unter welchen Bedingungen die Versicherung zahlen wird, in den Versicherungsbedingungen geregelt ist. Ökonomisch macht es Sinn für den Verbraucher, das Bedingungsnetz genau zu studieren und bei Bedarf mit dem Versicherer in Verhandlungen über den Klauselinhalt zu treten. In beiden Beispielen haben Mieter und Versicherungsnehmer auch typischerweise Zeit, die Klauseln zu studieren. In beiden Beispielen sind Verhandlungen über den Klauselinhalt aber wegen der Unterlegenheit des Vertragspartners von vornherein aussichtslos. Würde man den Gedanken des partiellen Marktversagens als alleinigen Begründungsansatz anerkennen, dann müßte man die Inhaltskontrolle ausschließen, wenn eine wirtschaftlich, sozial, intellektuell oder psychologisch schwächere Vertragspartei des Schutzes am meisten bedarf. Reduziert man die Inhaltskontrolle also auf die Idee des partiellen Marktversagens, so wäre sie in Verbraucherverträgen auf unbedeutende Klauseln bei geringen Alltagsgeschäften beschränkt. Das wäre schlicht widersinnig.

d) Zwischenfazit

Beide Erklärungsansätze der Inhaltskontrolle greifen zu kurz. Wie kann man auf diesen Befund reagieren? In der Literatur deuten sich Lösungsansätze an, wobei freilich auch festzustellen ist, daß das Problem in dieser Deutlichkeit nicht erörtert wird. Beispielhaft möchte ich auf den Vorschlag von Schäfer und Leyens eingehen:¹⁹ Sie führen das AGB-Recht konsequent auf den Gedanken des partiellen Marktversagens zurück. Konsequent wollen sie nur AGB als Kontrollgegenstand anerkennen. Im übrigen, das heißt außerhalb der vom Gedanken des partiellen Marktversagens getragenen AGB-Kontrolle, solle eine Inhaltskontrolle allein „auf Grundlage der Generalklauseln, also vor allem §§ 138, 242 BGB erfolgen“.²⁰ Doch ist gerade dieser letzte Punkt Bedenken ausgesetzt: Zum einen kann so die Ausweitung der Inhaltskontrolle durch § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB nicht erklärt werden. Eine Abschaffung des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB wäre europarechtswidrig. Zum anderen kann auf Grundlage der §§ 138, 242 BGB wohl kaum eine über die Inhaltskontrolle aller auch individuell ausgehandelten Bedingungen hinausgehende besondere Inhaltskontrolle von einseitig gestellten Bedingungen erklärt werden. Weiterhin darf man die Augen nicht davor verschließen, daß der Klauselrichtlinie, die in den §§ 305–310 BGB durch Modifikationen des ursprünglichen Gesetzestextes umgesetzt worden ist, der Gedanke des Verbraucherschutzes und nicht der des partiellen Marktver-

¹⁶ Beispielhaft Basedow, in: MünchKommBGB (Fn. 2), § 305 Rn. 4.

¹⁷ Hierzu schon ausführlich Hellwege (Fn. 1), S. 554 ff.

¹⁸ Hierzu bereits ausführlich Hellwege (Fn. 1), S. 558 f.

¹⁹ Leyens/Schäfer AcP 210 (2010), 771 ff.

²⁰ Leyens/Schäfer AcP 210 (2010), 802 f.

sagens zugrunde liegt.²¹ Auch besteht für die Anerkennung einer Inhaltskontrolle, die auf den Gedanken des Schwächerenschutzes zurückgeführt wird, wie soeben deutlich wurde, ein Bedürfnis. Mit einer Zuordnung dieser Kontrolle zu den zivilrechtlichen Generalklauseln würde man diese schließlich überfordern und zu dem unbefriedigenden Rechtszustand zurückkehren, der bereits vor Inkrafttreten des ABGB bestand.

Meines Erachtens ist die einzige Lösung, zu akzeptieren, daß beide Begründungsansätze ihre Berechtigung haben. Wie ich sogleich darlegen möchte, folgt aus beiden Begründungsansätzen eine im Detail verschiedene Ausgestaltung der Inhaltskontrolle. Und die daraus resultierenden Formen der Inhaltskontrolle überlappen in ihrer praktischen Anwendung. Daher ist es auch nicht möglich, beide Begründungsansätze auf einen jeweils unterschiedlichen Ausschnitt der Inhaltskontrolle zu reduzieren, etwa den Gedanken des Schwächerenschutzes auf die Inhaltskontrolle in Verbraucherverträgen und den Gedanken des partiellen Marktversagens auf die Inhaltskontrolle im Unternehmerverkehr. Aber genau von dieser Hypothese geht der AGB-rechtliche Diskurs aus, wenn er die Inhaltskontrolle im Unternehmerverkehr herausschält und isoliert reformieren möchte.

2. Der Kontrollgegenstand im Vergleich

Mit dem Gedanken des partiellen Marktversagens ist die Inhaltskontrolle auf AGB beschränkt, denn nur bei AGB existiert das Motivationsgefälle. Oder anders ausgedrückt: Der AGB-Begriff bildet mit dem Merkmal der Mehrfachverwendung die theoretischen und teleologischen Grundlagen dieser Form der Inhaltskontrolle ab.²² Zudem könnte man AGB ausscheiden, die aus nur einer knappen Klausel bestehen, weil bei solchen Klauseln erwartet werden darf, daß sich der Vertragspartner von ihnen ansprechen läßt. Der Markt sollte sich bei unbilligen AGB-Werken, die nur aus einer einzigen Klausel bestehen, von selbst bereinigen.

Aus dem Ansatz des Schwächerenschutzes folgt, so wie in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB vorgesehen, die Erstreckung der Inhaltskontrolle auf einseitig gestellte Bedingungen:²³ Dabei bildet der Begriff der einseitig gestellten Bedingungen mit dem ihm innenwohnenden Merkmal des Stellens dieses Schutzmodell besser ab als der Begriff der nicht individuell ausgehandelten Vertragsbedingungen. Liegt ein Stellen vor und sind die Bedingungen zugleich unangemessen, dann darf der Gesetzgeber typisierend unterstellen, daß sich eine Ungleichgewichtslage realisiert hat. Für die Frage nach der Schutzbedürftigkeit der wirtschaftlich, sozial, intellektuell oder psychologisch schwächeren Partei ist es zudem unerheblich, ob der Verwender seine Überlegenheit ausnutzt, um auch gegenüber anderen Parteien seine Bedingungen durchzusetzen. Die Schutzbedürftigkeit besteht bereits, wenn der Verwender seine Überlegenheit ausnutzt, um seine Bedingungen gegenüber einer einzigen Partei durchzusetzen. Die Unterlegenheit kann zudem auch bei solchen einseitig gestellten Bedingungen angenommen werden, die nur aus einer einzigen Klausel bestehen. Zu weit geht es indes, die Inhaltskontrolle auf alle Vertragsbedingungen, selbst solche, die individuell ausgehandelt worden sind, zu erstrecken.²⁴ Ein typisierender Ansatz wäre insoweit in einem nicht hinnehmbaren Maße überschießend.

²¹ Dazu noch unten Gliederungspunkt IV.8.

²² Vgl. bereits Hellwege (Fn. 1), S. 583 f.

²³ Vgl. bereits Hellwege (Fn. 1), S. 569 ff.

²⁴ Vgl. bereits Hellwege (Fn. 1), S. 574.

Um beide Formen der Inhaltskontrolle sauber trennen zu können, brauchen wir griffige Formeln. Man spricht umfassend vom AGB-Recht wohl auch deshalb, weil die Wendung „Recht der einseitig gestellten Vertragsbedingungen in Verbraucherverträgen“ allzu sperrig ist, auch wenn sie mit Blick auf § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB passend wäre. Man könnte dem Begriff des AGB-Rechts einfach den des *EGB-Rechts* an die Seite stellen, um so Klarheit zu erzeugen: Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) einerseits, Einseitig Gestellte Bedingungen (EGB) andererseits. Und de lege ferenda wäre erwägenswert, EGB *eigenständig*, und zwar in Anlehnung an die europäischen Vorgaben in Art. 3 Abs. 2 der Klauselrichtlinie, zu definieren und nicht nur die AGB-Definition in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB zu erweitern.

Eine solche klare Trennung hätte noch einen weiteren Vorteil: Würde man aus dem Gedanken des Schwächerenschutzes von vornherein schließen, daß Kontrollgegenstand EGB sind, so würden die durch § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB aufgeworfenen Abgrenzungsfragen an Brisanz verlieren. Sie wären von vornherein auf die auf den Gedanken des partiellen Marktversagens zurückzuführende AGB-Kontrolle beschränkt. Auch den AGB-Begriff selbst könnte man in diesem Kontext enger verstehen, ohne befürchten zu müssen, daß sich dies negativ auf das Verbraucherschutzniveau auswirken würde.

3. Der persönliche Anwendungsbereich im Vergleich

Der Gedanke des partiellen Marktversagens spielt im Unternehmerverkehr eine bedeutende Rolle. Aber er ist nicht auf diesen beschränkt. Er greift ebenso in Verbraucherverträgen. Und auch darüber hinaus ist er anwendbar, so etwa in Verträgen zwischen zwei Verbrauchern. Voraussetzung für die Anwendung der auf diesem Begründungsansatz basierenden Inhaltskontrolle ist nur, daß AGB vorliegen. Denn bei AGB liegt das Motivationsgefälle typischerweise vor. Der Gesetzgeber darf insoweit typisierend vorgehen.

Der persönliche Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle, die auf dem Gedanken des Schwächerenschutzes basiert, ist schwieriger zu definieren. Eine typisierende Regelung muß so gefaßt sein, daß sie das Schutzbedürfnis einerseits widerspiegelt, andererseits aber nicht überschießend ist. Es ist gesichert, daß Verbraucher im Verhältnis zu Unternehmern dieses Schutzes typischerweise bedürfen. Stellt ein Unternehmer einem Verbraucher einseitig Vertragsbedingungen und läßt sich der Verbraucher auf solche Bedingungen ein, obwohl diese unangemessen sind, so darf der Gesetzgeber davon ausgehen, daß der Verbraucher sie nur auf Grund seiner Unterlegenheit akzeptiert hat. Aus Gründen der Rechtssicherheit darf der Gesetzgeber dem Unternehmer den Beweis abschneiden, daß der Verbraucher in einem konkreten Verhältnis gerade nicht unterlegen war. Unschärfen bringt jeder typisierende Regelungsansatz mit sich, und bei der Inhaltskontrolle von EGB in Verbraucherverträgen sind diese Unschärfen nicht so ausgeprägt, daß sie den typisierenden Regelungsansatz in Frage stellen. Freilich muß die Inhaltskontrolle auch in Verbraucherverträgen auf EGB beschränkt bleiben. Die Diskussionen auf europäischer Ebene, ob die Inhaltskontrolle in Verbraucherverträgen auf individuell ausgehandelte Bedingungen erstreckt werden sollte, sind nicht zielführend. Eine solche typisierende Regelung wäre in einer nicht hinnehmbaren Weise überschießend, weil nicht davon ausgegangen werden kann, daß ein Verbraucher selbst dann typischerweise unterlegen ist, wenn es zu individuellen Verhandlungen über den Klauselinhalt gekommen ist.

Doch wie sieht es mit einer Inhaltskontrolle von EGB außerhalb von Verbraucherverträgen aus? Dieser Bereich scheint mir problematisch zu sein. Im Unternehmerverkehr kann nicht unterstellt werden, daß der Verwender von EGB der anderen Vertragspartei typischerweise überlegen ist. Darauf verweist die Literatur zu Recht.²⁵ Ein typisierender Regelungsansatz verbietet sich. Da im Unternehmerverkehr eine Unterlegenheit typischerweise nicht vorliegt, sollte der Gesetzgeber sie auch nicht vermuten und dem Verwender den Beweis eröffnen, diese Vermutung zu widerlegen. Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob der Gesetzgeber eine Inhaltskontrolle von EGB dann vorsehen darf, wenn die andere Vertragspartei ihre Unterlegenheit im Prozeß darlegt und beweist. Ein solcher Ansatz scheint mir freilich zu nicht hinnehmbarer Rechtsunsicherheit zu führen.

Zu diskutieren wäre aber, daß der Gesetzgeber die Kontrolle von EGB auf Grundlage des Gedankens des Schwächerenschutzes im Unternehmerverkehr in Teilbereichen typisierend zuläßt, etwa in Verträgen mit Existenzgründern oder in Verträgen zwischen einem kleineren und mittleren Unternehmen (KMU) und einem Nicht-KMU.²⁶ Die Einbeziehung von Existenzgründern in das Verbraucherschutzrecht ist im deutschen Recht nicht unbekannt.²⁷ Und der Schutz kleinerer und mittlerer Unternehmen rückt im Europäischen Privatrecht in den Fokus.²⁸

Neben Verbraucherverträgen und Verträgen zwischen Unternehmern gibt es noch Verträge zwischen Verbrauchern und Verträge unter Beteiligung von Personen, die weder Verbraucher noch Unternehmer sind. Wie sieht es hier mit dem Gedanken des Schwächerenschutzes aus? Die Beantwortung fällt nicht leicht. Übernimmt bei einem Vertrag zwischen zwei Verbrauchern die eine Vertragspartei die Formulierung des Vertrags und stellt diesen der anderen Partei und sind einzelne Klauseln unangemessen, so kann daraus nicht zwingend auf eine Ungleichgewichtslage geschlossen werden, die eine Inhaltskontrolle rechtfertigt. Freilich gibt es Kontexte, in denen das Vorliegen einer Ungleichgewichtslage durchaus vermutet werden kann, so wenn ein privater Vermieter von Wohnraum, der nicht als Unternehmer auftritt, zur einmaligen Verwendung einen Mietvertrag entwirft und diesen einer anderen Privatperson zur Unterschrift vorlegt und dabei signalisiert, daß sie nur so und nicht anders abzuschließen gewillt ist. Man könnte darauf insoweit reagieren, daß man bei besonderen Vertragsverhältnissen, so bei den Vorschriften zur Wohnraummiete, den persönlichen Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle über § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB hinaus noch erweitert.

4. Zwischenfazit

Denkt man den Gedanken des partiellen Marktversagens und den des Schwächerenschutzes konsequent zu Ende, muß man den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle jeweils unterschiedlich fassen. Einmal handelt es sich um eine Inhaltskontrolle von AGB, ohne daß der persönliche Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle

irgendwie eingeschränkt ist. Auf der Seite steht der Gedanke des Schwächerenschutzes. Er erfaßt die Inhaltskontrolle einseitig gestellter Bedingungen (EGB). Mit Blick auf den persönlichen Anwendungsbereich ist gesichert, daß EGB in Verbraucherverträgen dieser Form der Inhaltskontrolle unterfallen. Im übrigen ist der persönliche Anwendungsbereich der auf dem Schwächerenschutz basierenden Inhaltskontrolle noch nicht abschließend erörtert. Akzeptiert man, daß die Gedanken des partiellen Marktversagens und des Schwächerenschutzes gleichberechtigt nebeneinander stehen, dann folgt daraus, daß man zwei Formen der Inhaltskontrolle strikt zu trennen hat und ihre Anwendungsbereiche jeweils unterschiedlich definieren muß, wobei diese überlappen. Die Anwendungsbereiche überlappen insoweit in persönlicher Hinsicht, als sich der Gedanke des partiellen Marktversagens auf Verbraucherverträge erstreckt. Die Anwendungsbereiche überlappen in sachlicher Hinsicht, weil einseitig gestellte Bedingungen AGB mitumfassen und sich damit diese Form der Inhaltskontrolle auf AGB erstreckt.

Der Leser mag einwenden, daß das doch ein reines Glasperlenspiel sei. AGB stünden in der Praxis im Vordergrund, so daß der Inhaltskontrolle von EGB, die nicht zugleich AGB darstellen, nur eine untergeordnete praktische Bedeutung zukomme. Daher hat der deutsche Gesetzgeber ganz richtig die Erweiterung der Inhaltskontrolle in einer randseitigen Norm, nämlich § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB, geregelt. Der praktische Nutzen der Unterscheidung der zwei Formen der Inhaltskontrolle werde noch dadurch eingeschränkt, daß der AGB-Begriff des § 305 Abs. 1 BGB ohnehin weit verstanden werde. Als Folge fällt die Mehrzahl von bloß einseitig gestellten Bedingungen ohnehin schon in den direkten Anwendungsbereich der §§ 307–309 BGB. – Aus gleich mehreren Gründen greifen diese Einwände nicht durch. Die deutschen Diskussionen um die Reform der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle im Unternehmerverkehr, den festgefahrenen deutschen Streit um die Grundlagen der Inhaltskontrolle sowie die vielschichtigen europäischen Debatten um den Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle wird man nur lösen bzw. auf eine neue Grundlage stellen können, wenn man akzeptiert, daß beide Rechtfertigungen der Inhaltskontrolle ihre Berechtigung haben, sie unabhängig voneinander sind und aus ihnen eine jeweils unterschiedlich ausgestaltete Inhaltskontrolle folgt.

Mit der hier entwickelten These ist es zudem möglich, die Probleme um die Auslegung von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB in den Griff zu bekommen. So wurde schon vorgeschlagen, auch de lege lata den Begriff des Aushandelns im b2b- und im b2c-Verkehr unterschiedlich zu verstehen.²⁹ Mit der hiesigen These ist dieser Unterschied erklärbar.³⁰ Liest man in der Literatur schließlich Sätze wie: „Der b2b-Bereich ist keinesfalls ein aliud zum Verbrauchervertrag“,³¹ dann ist das nach der hier vertretenen Auffassung gleich in doppelter Hinsicht nicht richtig: Zum einen erfolgt die Grenzziehung nicht zwischen dem b2b- und dem b2c-Kontext. Zum anderen unterscheiden sich beide Bereiche von ihrem Grundansatz her.

5. Die Mißbräuchlichkeit einer Klausel im Vergleich

Klauseln, die „den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benach-

²⁵ Vgl. oben die beispielhaften Nachweise in Fn. 13.

²⁶ Gegen eine Sonderbehandlung der KMU – freilich auf dem Boden des Modells des partiellen Marktversagens und insoweit konsequent – *Kieninger AnwBl.* 2012, 303.

²⁷ Siehe allgemein *Peter Bülow/Markus Artz*, *Verbraucherprivatrecht*, 4. Aufl. 2014, Rn. 73. Ablehnend im AGB-Recht *Markus Stoffels*, *AGB-Recht*, 3. Aufl. 2015, Rn. 197.

²⁸ Siehe beispielhaft *Thomas Pfeiffer NJW* 2012, 2609 ff. (2611) (mit Blick auf die Inhaltskontrolle freilich kritisch); *Christoph Schäfer BB* 2012, 1231 ff. (1232); *Nils Jansen ZEuP* 18 (2010), 69 ff. (83).

²⁹ So beispielhaft *Dauner-Lieb AnwBl.* 2013, 848.

³⁰ Siehe oben Gliederungspunkt IV.2 am Ende.

³¹ *Jürgen Niebling MDR* 2011, 1399 ff. (1407).

teiligen“, sind nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine „unangemessene Benachteiligung [...] im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung [...] mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist“. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegt der Gedanke der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts zugrunde. § 307 BGB macht keinen Unterschied zwischen der Inhaltskontrolle von Klauseln in Verbraucherverträgen und in Verträgen im Unternehmerverkehr. Die Möglichkeiten, die § 310 Abs. 1 BGB bietet, um zwischen beiden Anwendungsbereichen der Inhaltskontrolle zu differenzieren, hat die Rechtsprechung nicht aufgegriffen. Hier setzt der Entwurf des DAV-Zivilrechtsausschusses an. § 310 Abs. 1 Nr. 3 des Entwurfs lautet:

„Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 und 2 liegt nicht vor, wenn die Bedingung unter Berücksichtigung des Gesamtinhalts des Vertrages und der den Vertragsschluss begleitenden Umstände sowie der Gegebenheiten des betroffenen Wirtschaftszweigs von vernünftiger unternehmerischer Praxis nicht erheblich abweicht.“

§ 310 Abs. 1 Nr. 3 des Entwurfs will sich mithin von der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts verabschieden und erkennt eine Leitbildfunktion der vernünftigen unternehmerischen Praxis an.³² In eine ganz ähnliche Richtung geht auf europäischer Ebene der Draft Common Frame of Reference (DCFR) und ihm folgend der Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (GEKR). Mit Blick auf das GEKR habe ich zu diesen Versuchen einer Neufassung der Mißbräuchlichkeit bereits Stellung bezogen.³³ Ihnen liegt die Hoffnung zugrunde, daß mit einer Leitbildfunktion der guten unternehmerischen Praxis die Kontrolldichte der Inhaltskontrolle im Unternehmerverkehr zurückgeht. Dennoch bleiben Bedenken:³⁴

Die vorgeschlagenen Definitionen gefährden die Rechtssicherheit. Denn die verschiedenen Entwürfe gehen mit der Leitbildfunktion der guten unternehmerischen Praxis ganz neue Wege. Zwar erzeugt jede Generalklausel Rechtsunsicherheit, bis die Rechtsprechung sie konkretisiert hat. Indes bietet die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts einen festen Vergleichsmaßstab. Dagegen ist die gute unternehmerische Praxis wenig greifbar. Zudem kann die gute unternehmerische Praxis regional unterschiedlich sein. Zwar kann § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB schon heute dazu führen, daß die Inhaltskontrolle auf solche Unterschiede Rücksicht nimmt. Doch wird die Gefahr der unterschiedlichen Anwendung einer Generalklausel erhöht, wenn der guten Praxis eine Leitbildfunktion zukommt und sie nicht nur ein Korrektiv im Rahmen der Inhaltskontrolle ist. Weiterhin liegt der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts der Gedanke zugrunde, daß diesem ein Gerechtigkeitsgehalt innewohnt. Gleiches kann man bei der guten unternehmerischen Praxis wohl nicht zwingend voraussetzen. Sodann verschiebt sich die

Funktion der Handelspraxis: Der Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Rechts beschränkt nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB die Privatautonomie. Der Verweis auf Handelsbräuche in § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB erweitert sodann die Privatautonomie wieder: eine Klausel, die eigentlich unwirksam ist, kann dennoch wirksam sein. Nach § 310 Abs. 1 Nr. 3 des Entwurfs führt die gute unternehmerische Praxis nicht zu einer Erweiterung der Inhaltsfreiheit, sondern sie setzt ihr unmittelbar Grenzen. Doch wieso soll der guten unternehmerischen Praxis eine solch weitgehende normative Funktion zukommen? Das scheint mir das Kernproblem des Vorschlags zu sein. Weiterhin ist klar, daß nicht jedem faktischen Brauch eine Leitbildfunktion zukommen kann. Er muß „vernünftig“ sein. Welche Maßstäbe werden der Vernünftigkeit zugrunde gelegt? Auf welchen Vergleichsmaßstab fällt man zurück, wenn sich herausstellt, daß die bestehende faktische Praxis nicht vernünftig ist? Greift man dann auf eine hypothetische vernünftige Praxis zurück? Und zwingt § 310 Abs. 1 Nr. 3 des Entwurfs nicht zu einer doppelten Inhaltskontrolle: Zunächst muß die faktische unternehmerische Praxis ermittelt und einer Inhaltskontrolle unterworfen werden: sie muß eben vernünftig sein. Erst danach können AGB an ihr gemessen werden. Und was ist der Maßstab für den ersten Schritt: Am Ende doch das dispositive Recht? Wenn also für die Frage der Vernünftigkeit der unternehmerischen Praxis auf das dispositive Recht abgestellt werden sollte, so kommt es am Ende doch auf dieses an. Schließlich ist folgender Gedanke zu beachten: Soll diese Definition der Mißbräuchlichkeit bei der Inhaltskontrolle im Unternehmerverkehr zur Anwendung kommen, so handelt es sich wohl um die auf dem Gedanken des partiellen Marktversagens basierende Inhaltskontrolle. Diese Form der Inhaltskontrolle ist, wie oben deutlich wurde, nicht auf den Unternehmerverkehr beschränkt, sondern kann auch in Verbraucherverträgen zur Anwendung kommen. Dann sollte aber eine einheitliche Definition der Mißbräuchlichkeit gefunden werden, die diese Form der Inhaltskontrolle in ihrer Gesamtheit erfaßt.

Zu all diesen Fragen möchte ich hier nicht abschließend Stellung beziehen. Mir geht es darum, das Potential aufzuzeigen, dem eine klare Unterscheidung der zwei Formen der Inhaltskontrolle innewohnt: Die Diskussion nach der richtigen Definition der Unangemessenheit darf nicht für den Unternehmerverkehr gesondert geführt werden. Die Diskussion muß vielmehr an die Grundlagen der Inhaltskontrolle rückgekoppelt, und sie muß für beiden Formen der Inhaltskontrolle gesondert geführt werden. Für die beiden Formen der Inhaltskontrolle sollte die Definition der Unangemessenheit dann aber jeweils einheitlich sein. Für die Inhaltskontrolle, die auf dem Gedanken des Schwächerenschutzes basiert, scheint mir § 307 BGB die Unangemessenheit richtig zu fassen. Aber auch für die auf dem Gedanken des partiellen Marktversagens basierende Inhaltskontrolle kann man an der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts festhalten, wenn auch außerhalb des Unternehmerverkehrs Verkehrssitten als Korrektiv herangezogen werden. Eine Abkehr vom geltenden Recht ist meines Erachtens also nicht erforderlich. Auf einen entscheidenden Unterschied zwischen beiden Formen der Inhaltskontrolle werde ich gleich noch zu sprechen kommen.³⁵

³² Anders Jörg Kondring BB 2013, 73 ff. (74): Die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts werde nicht in Frage gestellt; die unternehmerische Praxis sei nur für die Frage wichtig, ob die Abweichung vom dispositiven Recht unangemessen sei. Wie hier mit Blick auf Art. 86 CESL Werner Müller/Alexander Schilling BB 2012, 2319 ff. (2323).

³³ Phillip Hellwege IHR 2012, 221 ff. (227 f.); ders./Lucinda Miller, in: Gerhard Dannemann/Stefan Vorgenauer (Hrsg.), The Common European Sales Law in Context, 2013, S. 423 ff. (447 f.).

³⁴ Vgl. mit Blick auf den Vorschlag des DAV-Zivilrechtsausschusses auch die Kritik von Graf von Westphalen AnwBl. 2013, 851 f. und mit Blick auf das GEKR Wolfgang Ernst, in: Oliver Remien/Sebastian Herrler/Peter Limmer (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, 2012, S. 93 ff. (103).

³⁵ Siehe unten den Text zu Fn. 42.

6. Ausschluß der Berufung auf die Mißbräuchlichkeit im Vergleich

In § 310 Abs. 1 Nr. 4 seines Entwurfes greift der DAV-Zivilrechtsausschuß einen Vorschlag aus der Literatur auf: Die Berufung auf die Unangemessenheit soll ausgeschlossen sein, wenn vom Vertragspartner nach Treu und Glauben erwartet werden konnte, daß er über den AGB-Inhalt in Verhandlungen tritt. Dieser Ausschlußgrund ist von vornherein auf die Inhaltskontrolle beschränkt, die auf den Gedanken des partiellen Marktversagens zurückgeführt werden kann. Und hier ist er sinnvoll. Denn diese Form der Inhaltskontrolle basiert ja auf dem Gedanken des Motivationsgefälles. Lag ein solches Motivationsgefälle nicht vor, dann muß eine Kontrolle ausgeschlossen sein. Und dieser Ausschlußgrund muß im gesamten persönlichen Anwendungsbereich dieser Form der Inhaltskontrolle greifen. Akzeptiert man also, daß diese Form der Inhaltskontrolle auch außerhalb des Unternehmerverkehrs zur Anwendung kommt, muß dieser Ausschlußgrund auch hier greifen.

Freilich wirft dieser Ausschlußgrund die Frage auf, wann von dem Vertragspartner erwartet werden kann, in Verhandlungen über den Klauselinhalt einzutreten. Zwei Ansätze bieten sich an:³⁶ Man kann auf den wirtschaftlichen Wert der einzelnen Klausel abstellen oder auf den Wert der gesamten Transaktion. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit scheint mir vorzugswürdig zu sein, auf den Wert der Transaktion abzustellen. Bei einer Transaktion mit einem hohen Volumen darf man vom Vertragspartner erwarten, daß er sich mit dem Vertragsinhalt insgesamt auseinandersetzt. Würde man auf den Wert der einzelnen Klausel abstellen, dann müßte der Vertragspartner sich zudem zunächst intensiv mit dem Klauselinhalt auseinandersetzen, um selbst abschätzen zu können, ob er über ihren Inhalt in Verhandlungen treten muß. Das wäre aber mit der Idee des Motivationsgefälles unvereinbar: vom Vertragspartner wird die Motivation verlangt, die AGB zu studieren, um sodann selbst abschätzen zu können, ob er sich berechtigterweise auf ein Motivationsgefälle berufen kann. Den Transaktionswert könnte man sodann im Rahmen des Entwurfes des DAV-Zivilrechtsausschusses bei der Frage berücksichtigen, ob der Vertragspartner nach Treu und Glauben in Verhandlungen treten mußte. Dabei könnte danach differenziert werden, ob ein Verbrauchervertrag, ein Unternehmervertrag, ein Unternehmervertrag unter Beteiligung eines Existenzgründers oder eines kleinen oder mittleren Unternehmens oder schließlich ein sonstiger Vertrag vorliegt. Feste Wertgrenzen, wie für den Unternehmerverkehr vorgeschlagen, führen zwar zu einer – wenn auch nur vermeintlichen³⁷ – erhöhten Rechtssicherheit.³⁸ Doch ist es mit der vom DAV-Zivilrechtsausschuß vorgeschlagenen Formel möglich, auch andere beim Vertragsschluß bestehende Umstände zu berücksichtigen.

Für die Inhaltskontrolle, die auf den Schwächerenschutz zurückgeführt wird, dürfen diese Erwägungen keine Rolle spielen. Die Schutzbedürftigkeit der unterlegenen Vertragspartei sinkt nicht mit einem erhöhten Transaktionsvolumen, sondern liegt dann sogar in besonderem Maße vor.³⁹

7. Weitere Details der beiden Formen der Inhaltskontrolle

Zahlreiche weitere kontroverse Details können mit der hier vorgeschlagenen Unterscheidung befriedigend geregelt werden:⁴⁰ Strittig ist etwa, ob die Inhaltskontrolle individuell-konkret oder überindividuell-generell erfolgen muß. Theorie und Praxis gingen ursprünglich davon aus, die Inhaltskontrolle von AGB müsse überindividuell-generell erfolgen. Die Integration des auf die RiL 93/13/EWG zurückgehenden § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB bereitet daher Schwierigkeiten.⁴¹ Mit dem hier vorgeschlagenen Modell ist die Frage nach der Berücksichtigung individueller Umstände im Rahmen der Inhaltskontrolle einfach zu lösen. Zwar wird der Anwendungsbereich der Form der Inhaltskontrolle, die auf dem Gedanken des Schwächerenschutzes beruht, aus Gründen der Rechtssicherheit typisierend definiert, aber das verbietet nicht, im Rahmen der Unangemessenheitskontrolle individuelle Besonderheiten des Falles zu berücksichtigen, die sich auf die Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners auswirken. Bei der Inhaltskontrolle, die auf dem Gedanken des partiellen Marktversagens beruht, müssen solche individuellen Umstände nicht vollkommen ausgeblendet werden. Sie können bei der Frage eine Rolle spielen, ob es dem Vertragspartner verwehrt ist, sich auf die Unwirksamkeit einer Klausel zu berufen, weil er sich von ihr hätte ansprechen lassen müssen und ein Motivationsgefälle damit gerade nicht besteht. Besteht ein solches Motivationsgefälle, dann muß die Inhaltskontrolle einem überindividuellen-generellen Maßstab folgen, um so ihre marktberreinigende Funktion erfüllen zu können. Dies ist der entscheidende Punkt, der zu einer unterschiedlichen Handhabung einer einheitlich gefaßten Mißbräuchlichkeitsdefinition führen kann.⁴²

8. Die historischen Wurzeln der beiden Formen der Inhaltskontrolle

Die historischen Wurzeln der beiden Formen der Inhaltskontrolle möchte ich hier nur andeuten.⁴³ Heute sagt man, hinter dem Gedanken des partiellen Marktversagens stehe die Idee, der Markt bereinige sich wegen des fehlenden Konditionenwettbewerbs nicht selbst. Die Inhaltskontrolle führe zu einer Marktberreinigung. Das ist ein überindividuelles Schutzkonzept. Überindividuelle Schutzkonzepte waren bereits vorherrschend, bevor die ökonomische Analyse den Gedanken des partiellen Marktversagens entwickelte. Allen voran vertrat *Ludwig Raiser* bereits 1935, daß durch die Verwendung unbilliger AGB das Gemeinwohl berührt sei.⁴⁴ Deshalb sei eine Inhaltskontrolle gerechtfertigt. *Raisers* Schutzkonzept zielte allein auf die Kontrolle von AGB, nicht aber auf die Kontrolle von einseitig gestellten Bedingungen, und es beeinflusste maßgeblich die nachfolgende Entwicklung. Die Idee des Schwächerenschutzes, insbesondere des Verbraucherschutzes, wurde in der Debatte zwar frühzeitig formuliert, stand aber hinter den überindividuellen Schutzkonzepten zurück. Erst in den 1970er Jahren trat der Verbraucherschutzgedanke in den Vordergrund, doch wurde das AGBG nicht konsequent auf diesen zurückgeführt. Mit der

⁴⁰ Hierzu bereits *Hellwege* (Fn. 1), S. 579f., 585.

⁴¹ Siehe beispielhaft die Darstellung bei *Andreas Fuchs*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 307 Rn. 114.

⁴² Siehe oben den Text zu Fn. 35.

⁴³ Ausführlich *Hellwege* (Fn. 1), S. 138 – 190, 287 – 323.

⁴⁴ *Ludwig Raiser*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, S. 277 ff.

³⁶ Siehe beispielhaft die Darstellungen und Meinungsbilder bei *Leyens/Schäfer* AcP 210 (2010), 790; *Felix Becker* JZ 2010, 1098 ff. (1103 ff.).

³⁷ Siehe beispielhaft die Ausführungen von *Kieninger* AnwBl. 2012, 302.

³⁸ Differenziert *Leyens/Schäfer* AcP 210 (2010), 794.

³⁹ Siehe oben den Text nach Fn. 18.

Umsetzung der Klausel-RiL 93/13/EWG wurde der Verbraucherschutzgedanke in das AGB-Recht konsequent hineingetragen. Doch führte die Umsetzung der Richtlinie zu den oben aufgezeigten Verwerfungen.

V. Zusammenfassung

Ziel des vorliegenden Beitrages war es, aufzuzeigen, daß die §§ 307–309 BGB zwei Formen der Inhaltskontrolle enthalten, die in ihrer praktischen Anwendung überlappen, aber dennoch strikt voneinander zu trennen sind. Es handelt sich um die Inhaltskontrolle einseitig gestellter Bedingungen vor allem in Verbraucherverträgen und um die in ihrem persönlichen Anwendungsbereich nicht eingeschränkte Inhaltskontrolle von AGB. Beiden Formen der Kontrolle liegt eine jeweils unterschiedliche Rechtfertigung zugrunde, nämlich

der Gedanke des Schwächerenschutzes einerseits und der des partiellen Marktversagens andererseits. Beide Rechtfertigungen stehen mithin nicht in einem Konkurrenzverhältnis, sondern gleichberechtigt nebeneinander. Auf diese Weise ist der festgefahrene Streit in der deutschen Literatur um die Grundlagen der Inhaltskontrolle lösbar. Zudem war Ziel des Beitrages darzutun, daß aus beiden Erklärungsmodellen eine im Detail jeweils eigene Ausgestaltung der Inhaltskontrolle folgt, so etwa mit Blick darauf, ob es einer Partei verwehrt ist, sich auf die Mißbräuchlichkeit einer Klausel zu berufen, oder mit Blick darauf, ob die Kontrolle individuell-konkret oder überindividuell-generell erfolgt. Daraus ergeben sich Potentiale für die Auslegung der geltenden §§ 307–309 BGB und für die Diskussionen um die Reform der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle im Unternehmensverkehr, stellen sich die vielfältigen Probleme doch mit der hier vertretenen These in einem neuen Rahmen.

Professorin Dr. Astrid Stadler, Konstanz*

Schadensersatzklagen im Kartellrecht – Forum shopping welcome!

Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil v. 21.5.2015 – C-352/13

Der EuGH (JZ 2015, 1163, in diesem Heft) hat in einem Fall der gebündelten Geltendmachung von Forderungen kartellgeschädigter Unternehmen wichtige Weichenstellungen zu Fragen des Gerichtsstands und der Streitgenossenschaft vorgenommen, die über die Kartellschadensfälle hinaus Bedeutung für die Frage des Private Enforcement insbesondere mittels Rechtsverfolgungsgesellschaften als Kläger haben. Die sich nun eröffnenden Möglichkeiten eines forum shopping geben Anlass, den Stand der Reformbemühungen in Sachen kollektiver Rechtsschutz in Deutschland, Großbritannien und den Niederlanden zu beleuchten.

I. Einleitung

Die Aufdeckung kartellrechtswidriger Preisabsprachen funktioniert dank der Kronzeugenregelungen¹ seit einigen Jahren recht erfolgreich. Geahndet wird das Verhalten der Kartellanten auf europäischer wie nationaler Ebene mit zunehmend hohen Bußgeldern – allerdings offenbar noch ohne durchschlagende Abschreckungswirkung. Die Durchsetzung privater Schadensersatzansprüche aus Kartellen, die aus ökonomischer Sicht² einen weiteren Abschreckungseffekt erzielen könnte, erweist sich als äußerst mühsam.³ Das gilt nicht

nur für die kleineren Streuschäden, die typischerweise Verbrauchern am Ende der Distributionskette bei Preiskartellen entstehen, sondern auch für den unmittelbaren Abnehmerkreis. Beides ist keineswegs neu. Bereits die im Auftrag der EU-Kommission 2004 publizierte „Ashurst-Studie“ konstatierte, dass private Schadensersatzklagen europaweit kaum erhoben werden.⁴ Die EU-Kommission leitete daraus Handlungsbedarf zur Stärkung eines „private enforcement“ nach US-Vorbild ab⁵ – mit bekannt mäßigem Erfolg. Selbst nach der Feststellung eines Kartellrechtsverstößes durch die EU-Kommission wird offenbar nur in wenigen Fällen von den Geschädigten gerichtlich Schadensersatz eingefordert.⁶ Nicht nur die materiell-rechtlichen Hürden sind nach wie vor hoch. Ob die RiL 2014/104/EU „über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union“⁷ wirklich zu nennenswerten Verbesserungen, insbesondere Erleichterungen bei der Beweisführung führt, wird sich erst nach erfolgter Umsetzung in den Mitgliedstaaten zeigen.⁸ Auch die prozessualen Rahmenbedingungen für die

Comparative Law, London 2015, S. 31 mit Analyse der Ursachen; weniger pessimistisch und mit dem berechtigten Hinweis, dass die wenigen bekannt gewordenen Gerichtsentscheidungen wegen einer hohen außergerichtlichen Vergleichsquote nicht zum Rückschluss auf fehlende Aktivitäten der Geschädigten verleiten dürfen, *Bien NZKart* 2013, 481, 482.

4 „Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules (Comparative Report)“ vom 31. 8. 2004, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html> (Stand August 2015).

5 Weißbuch „Private Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“ vom 2. 4. 2008 (KOM(2008) 165).

6 Nach dem zusammen mit der RiL 2014/104/EU veröffentlichten „Impact Assessment Report: Damages actions for breach of the EU antitrust rules“ (SWD [2013] 203 final), Rn. 52 folgten im Zeitraum von 2006–2012 auf 54 Kommissionentscheidungen zu Kartellen nur 52 follow-on Schadensersatzklagen in 7 Mitgliedstaaten, die meisten davon im Vereinigten Königreich, Deutschland und den Niederlanden.

7 ABL EU L 349, 1 ff.

* Die Autorin lehrt Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Rechtsvergleichung und IPR an der Universität Konstanz und ist Mitherausgeberin der JZ. 1 Für das europäische Kartellrecht s. etwa die Mitteilung der Europäischen Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen 2006/C 298/11, ABL EU Nr. C 298 v. 8. 12. 2006, S. 17 ff.; hierzu *Wils* 30 *World Competition* (2007), 197 ff.

2 Siehe etwa *Wils* 32 *World Competition* 1 (2009), 3 ff.; *van den Bergh* 20 *Maastricht J. of European and Comp. Law* (2013), 1 ff.; krit. zur Abschreckungsfunktion des Schadensersatzanspruchs aus juristischer Sicht *Meessen*, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht*, 2011, S. 75 ff.; differenzierter *Chr. Alexander*, *Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht*, 2010, S. 139 ff mit zahlr. Nachw.

3 *Duban/Ferey/Harnay*, in: *Lein/Fairgrieve/Crespo/Smith*, *Collective Redress in Europe – why and how*, British Institute of International and