



Constantin Axer

Rechtfertigung  
und Reichweite  
der AGB-Kontrolle  
im unternehmerischen  
Geschäftsverkehr



PETER LANG

## § 1 Anlass, Gegenstand und Aufbau der Untersuchung

Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) kommt für die rechtliche Formung von Verträgen überragende Bedeutung zu.<sup>1</sup> Die für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen<sup>2</sup> sind im Sinne einer Rationalisierung typisierter Verträge aus dem Wirtschaftsleben nicht wegzudenken. In Übereinstimmung mit der rechtstatsächlichen Bedeutung konnte sich das AGB-Recht seit seines Bestehens aber auch rechtstheoretisch der Aufmerksamkeit von Rechtsgelehrten sicher sein: Bis heute stellt das Inkrafttreten des AGBG die wohl gewichtigste Änderung des Vertragsrechts seit der Schaffung des BGB dar. Gleich einem Paukenschlag in der Entwicklung der Inhaltskontrolle – und noch gerade rechtzeitig vor Erlass des AGBG<sup>3</sup> – trat die Erkenntnis ein, dass die mit der Verwendung von AGB einhergehenden Gefahren unabhängig davon bestehen, ob ein Kaufmann oder ein Verbraucher dem Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen als Vertragspartner gegenübersteht. Folglich musste der bis dato weitgehend im Verbraucherschutz erkannte Rechtsgrund der Inhaltskontrolle nunmehr im Schutz vor einseitiger Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit durch den AGB-Verwender gesehen werden. Der stets intensiv geführte wissenschaftliche Diskurs, der die Grundentscheidungen des AGB-Rechts in den Folgejahren manifestierte, trug gemeinsam mit der konkretisierenden höchstrichterlichen Rechtsprechung dazu bei, dass ein namhafter Autor anlässlich des Jubiläums nunmehr resümierend titelte: „30 Jahre AGB-Recht – eine Erfolgsbilanz“.<sup>4</sup> In der Tat ist die Legitimation der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr nicht mehr umstritten; weitgehend wird dieserhalb schlicht darauf verwiesen, die Gefahr sei einfach zu groß, dass der Verwender der anderen Partei, die faktisch keine Wahlmöglichkeiten habe, allzu einseitig benachteiligende Vertragsbedingungen auferlege.<sup>5</sup>

Unter der Oberfläche bröckelt das heile Bild der AGB-Kontrolle freilich seit geraumer Zeit zunehmend. Zum einen erweiterte das Handelsrechtsreformgesetz<sup>6</sup> den § 310 Abs. 1 BGB (ehemals § 24 AGBG), indem die bislang nur im Umgang

1 RegBegrE 7/3919 vom 06.08.75, S. 1.

2 so die Legaldefinition Allgemeiner Geschäftsbedingungen in § 305 Abs. 1 S. 1 BGB.

3 vgl. den wegbereitenden Vortrag von *Ulmer* auf dem 50. Deutschen Juristentag, *Ulmer*, 50. DJT, Sitzungsbericht H, H 8 ff.

4 so der Titel des Aufsatzes von v. *Westphalen*, ZIP 2007, 149 ff.

5 BGHZ 126, 326; 130, 50; Prütting/Wegen/Weinreich-Berger, Vor §§ 305 ff. Rn. 1; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer/Habersack, Einl. Rn. 47 und § 305 Rn. 6; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-Pfeiffer, Einl. Rn. 16.

6 Gesetz v. 22.6.1998, BGBl. I, S. 1474; in Kraft seit dem 1.7.1998.

mit einem kaufmännischen Vertragspartner statuierten Lockerungen der Inhaltskontrolle dem Verwender nunmehr auch bei Verträgen mit unternehmerischen Kunden zu Gute kommen sollen. Zum anderen sind bei der Umsetzung der Klauselrichtlinie<sup>7</sup> des Europäischen Gesetzgebers einige Bestimmungen in die §§ 305 ff. BGB aufgenommen worden, die als „Verbraucherschutzrecht“ auf ihre Verträglichkeit mit dem schutzbedürftigkeitsneutralen Ansatz des geltenden AGB-Rechts zu überprüfen sind. Die unterschiedlich bestimmte Funktion der Inhaltskontrolle – hier allgemein privatrechtliches Schutzinstrument, dort rein verbraucherrechtliche Wirksamkeitskontrolle – stellt nur einen Baustein der grundlegenden Fragestellung dar, ob der europäische Gesetzgeber weiterhin die sonderprivatrechtliche Regelung von Verbraucherrecht vorantreiben sollte<sup>8</sup> oder ob der Grundsatz formal-abstrakter Gleichheit der Rechtssubjekte nach einem, alle Privatrechtssubjekte erfassenden, europäischen Zivilgesetzbuch verlangt.<sup>9</sup> Die Europäische Privatrechtsentwicklung weist jüngst Bestrebungen in beide Richtungen auf: Neben dem Entwurf einer horizontalen Richtlinie<sup>10</sup>, die das bereits weitgehend vereinheitlichte Verbraucherschutzrecht unter Einbeziehung des AGB-Rechts in Form einer Vollharmonisierung weiter vorantreiben will, reißen auch die Bestrebungen zur Schaffung eines allgemein bürgerlichen Rechts auf europäischer Ebene nicht ab – wie der von einer Vielzahl von Privatrechtswissenschaftlern der Europäischen Union vorgelegte Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht<sup>11</sup> beweist. Der europäische Einfluss wird das AGB-Recht somit auch in Zukunft maßgeblich prägen.

Abgesehen von der Prüfung, ob diese gesetzgeberischen Eingriffe die Kohärenz des AGB-Rechts beeinträchtigen, verliert die These, das AGB-Recht sei eine Erfolgsgeschichte, vor allem aber auch dadurch an Überzeugungskraft, dass sich aus der Unternehmenspraxis jüngst immer stärkere Kritik an den die Privatautonomie beschränkenden Wirkungen der AGB-Kontrolle vernehmen lassen. Der nie vollends verstummte Ruf der Praxis nach einer differenzierenden Inhaltskontrolle

7 Gesetz zur Änderung des AGBG vom 19.7.1996, BGBl. 1996, S. 1013; in Kraft seit dem 25.7. 1996.

8 vgl. hierzu *Dauner-Lieb*, in: Hopt/Tzouganatos (Hrsg.), S. 279 ff.

9 siehe hierzu *Dauner-Lieb*, in: Schulze (Hrsg.), New Features, S. 107 ff.; eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem AGB-Recht im Kontext des DCFR bietet *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771 ff., die gegen eine adressatenbezogene Ausgestaltung der AGB-Kontrolle plädieren.

10 COM(2008) 614 final: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer contractual rights.

11 vgl. den von der „Study Group on a European Civil Code“ und der „Research Group on EC Private Law (Acquis Group)“ vorgelegten Entwurf mit dem Titel „Draft Common Frame of Reference (DCFR)“; einen ersten Überblick in Deutscher Sprache liefern *Schulze/ von Bar/ Schulte-Nölke* (Hrsg.), Referenzrahmen; *Eidenmüller/ Faust/ Grigoleit/ Jansen/ Wagner/ Zimmermann*, JZ 2008, 1 ff; *Pfeiffer*, AcP 208 (2008), 227 ff; *Ernst*, AcP 208 (2008), 248 ff.

im unternehmerischen Geschäftsverkehr wird spürbar lauter.<sup>12</sup> Er manifestiert sich insbesondere in der jüngst von den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft ins Leben gerufenen Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts.<sup>13</sup> So wird moniert, die „Indizwirkung der Klauselverbote“ führe im Zusammenspiel mit auch in anderen Bereichen der AGB-Kontrolle zu beobachtenden Tendenzen einer weitreichenden Gleichstellung des Unternehmer- mit dem Verbraucherkunden dazu, dass „Abschied von der Privatautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr“<sup>14</sup> zu nehmen sei. Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass der Deutsche Anwalts Verein (DAV) das AGB-Recht im Rahmen seiner verdienstvollen Initiative „Law made in Germany“ zur Verbreitung des deutschen Rechts als Problemkind empfindet – wirbt es sich doch schlecht mit einem Recht, das im Ausland niemand so recht haben will.<sup>15</sup> So wurde erwogen, § 307 BGB um einen Absatz 4 zu ergänzen, der die Norm für Verträge im internationalen Rechtsverkehr für unanwendbar erklärt. Wie immer man auch zu diesem Vorschlag stehen mag, er verdeutlicht, dass das AGB-Recht die Konkurrenzfähigkeit des deutschen Rechts im Wettbewerb der Rechtsordnung mindern könnte.

Die Klagen über die mit der derzeitigen Anwendung des AGB-Rechts auf Verträge zwischen Unternehmern einhergehenden Beschränkungen der Privatautonomie verlangen schließlich auch deswegen nach einer kritischen Würdigung, weil bereits verschiedentlich in der Literatur<sup>16</sup> darauf hingewiesen wurde, dass die Wirtschaft nicht mehr bereit sei, auf ein Umschwenken der höchststrichterlichen Rechtsprechung zu warten. Vielmehr ginge die Skepsis gegenüber der BGH-Judikatur soweit, dass viele Unternehmen – so möglich – per Rechtswahl die Flucht in eine andere Rechtsordnung antreten würden, um den hiesigen Missständen zu entkommen.

---

12 vgl. Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658 ff.; Kessel/Stomps, BB 2009, 2666 ff.; Lenkaitis/Löwisch, ZIP 2009, 441; Brachert/Dietzel, ZGS 2005, 441 „Quod licet iovi, non licet bovi“ (Editorial); vgl. aus dem aktuellen Tagesgeschehen: Abels, FAZ v. 10.10.2006 „Unternehmer können Verträge nicht frei gestalten“; ders., FAZ v. 07.08.2007 „Gerichte zerstören Vertrauen“; Ostendorf, FAZ v. 16.08.2008, „Bedenkliche Vertragskontrolle“; Hochbaum, NJW 2008, Editorial Heft 51; allein der Ton ist gegenüber den früheren, die Rechtsprechung geißelnden Stellungnahmen von Ohlendorf-von Hertel, Kontrolle, S. 31 („Verfälschung des § 24 AGBG“), passim und Stumpf, BB 1985, 963 („Sand im Getriebe unternehmerischen Handelns“) moderater geworden.

13 Siehe [www.agb-recht-initiative.de](http://www.agb-recht-initiative.de).

14 so der plakative Aufsatztitel von Berger, ZIP 2006, 2149 ff.

15 vgl. hierzu Dauner-Lieb/Axer, ZIP 2010, 309.

16 Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658; Lenkaitis/Löwisch, ZIP 2009, 441, 442 f.; Hochbaum, NJW 2008, Heft 51 Editorial; Berger, ZIP 2006, 2149; Abels, FAZ v. 7.8.2007; vgl. auch schon Rabe, NJW 1987, 1978, 1979.

Eine Überprüfung der Reichweite des AGB-Rechts in Abgrenzung zur Privatautonomie rechtfertigt sich in Anbetracht der dargelegten Tendenzen somit in vielerlei Hinsicht. Zunächst muss erörtert werden, ob mit der mittlerweile als selbstverständlich erachteten Inhaltskontrolle unter Kaufleuten tatsächlich die Tendenz einhergeht, auch die Anwendungsergebnisse der Inhaltskontrolle im „b2b-Verkehr“<sup>17</sup> zunehmend an diejenigen des „b2c-Verkehrs“<sup>18</sup> anzugleichen und ob die Legitimation der Inhaltskontrolle diesen Gleichschritt der Kontrollergebnisse trotz der in § 310 Abs. 1 BGB für den b2b-Verkehr vorgesehenen Flexibilität stützt. Womöglich sollte die Überprüfung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr darauf bedacht sein, sachgerechte Ansatzpunkte für eine flexiblere Inhaltskontrolle zu finden. Diese Begrenzung der AGB-Kontrolle sollte nicht zuletzt dem Wunsch entspringen, die Nutzung des deutschen Rechts in internationalen Konstellationen zu fördern und den Rechtsstandort Deutschland somit im Wettbewerb der Rechtsordnungen zu stärken. Die erarbeiteten Ergebnisse sollten schließlich auch im Europäischen Privatrechtsraum offensiv vertreten und für dessen Entwicklungsprozess fruchtbar gemacht werden. Vor diesem Hintergrund ist es das Ziel der nachfolgenden Untersuchung, die bisherigen Erklärungsansätze zur Rechtfertigung und Reichweite der AGB-Kontrolle dreißig Jahre nach ihrem Inkrafttreten zu hinterfragen und gegebenenfalls neu zu beantworten.

Im Rahmen dieser Untersuchung wird auch die Rolle der ökonomischen Analyse des Rechts zu beleuchten sein. Diese, hierzulande noch recht neuartige Rechtsdisziplin fristet neben den gängigen Rechtfertigungsversuchen noch immer ein Paralleldasein, erfreut sich aber – nicht nur im AGB-Recht – wachsender Anhängerenschaft.<sup>19</sup> Der Ökonomischen Analyse des Rechts liegt die Maxime der Wohlfahrtsökonomie zugrunde. Sie beurteilt rechtliche Regelungen danach, in welchem Maße sie die Verschwendung von Ressourcen verhindern.<sup>20</sup> Vom Standpunkt der ökonomischen Analyse steht die Verwendung von AGB der Wohlfahrtsökonomie deswegen entgegen, weil sie auf lange Sicht zu einem Marktversagen führe. Ohne die Existenz einer Inhaltskontrolle setze sich bei den Kunden letztlich die Einsicht durch, dass Vertragsschlüsse unter AGB-Verwendung zu viele Gefahren bergen und deswegen insgesamt von ihnen abzusehen sei. Die Qualität der sich auf dem

17 „b2b“ steht für „businessman-to-businessman“ und meint die AGB-Verwendung zwischen zwei Unternehmern, d.h. im unternehmerischen Geschäftsverkehr.

18 „b2c“ steht für „businessman-to-consumer“ und meint die AGB-Verwendung eines Unternehmers gegenüber einem Verbraucher.

19 vgl. Eger/Ott/Bigus/von Wangenheim (Hrsg.), FS Schäfer (2008); Lieth (2007); Schäfer/Ott (2005); Eidenmüller, Effizienz (2005); Kötz/Schäfer, *Judex Oeconomicus* (2003); Schmidtchen/Weth (Hrsg.) (1999); Assmann/Kirchner/Schanze, *Ökonomische Analyse* (1993).

20 Eidenmüller, Effizienz, S. 4 f.; Schäfer/Ott, S. 1; Schmidtchen, in: Schmidtchen/Weth (Hrsg.), S. 9 ff.; Behrens, S. 85 f.; Cheffins, S. 15; Taupitz, AcP 196 (1996), 114, 114 f.

Markt befindlichen AGB verschlechtere sich im Kampf um Kunden zunehmend<sup>21</sup>, weil der Vertragsabschlussentscheidung des Kunden in aller Regel maßgeblich der Preis, nicht aber die Qualität der ihm angebotenen AGB zugrunde liege. Da eine zunehmende Rechtlosstellung des Kunden es dem Verwender gleichzeitig ermögliche, die Preise zu senken und dies von den Kunden wiederum durch eine verstärkte Nachfrage belohnt werde, ergebe sich eine Spirale zugunsten des Anbieters mit den schlechtesten AGB.<sup>22</sup> Den Auslöser dieser Spirale bilde der Umstand, dass der Kunde den Inhalt der ihm vorgelegten AGB im Gegensatz zu seinem Vertragspartner nicht hinreichend einschätzen könne und diesem daher informatorisch unterlegen sei. Diese „Informationsasymmetrie“ lasse sich häufig auch nicht mit einem angemessenen Aufwand beheben. Aufgrund der fehlenden Information begegne der Kunde dem Verwender aber zunehmend misstrauisch, so dass der Markt für AGB-Vertragsschlüsse letztlich zusammenbreche. Unabhängig von den Maximen der ökonomischen Analyse des Rechts scheinen jedenfalls die hieraus entwickelten Maßstäbe auf den ersten Blick mit der Privatautonomie und dem Prinzip formal-abstrakter Gleichheit kohärent: Aufgrund der festgestellten, für die ökonomische Analyse des Rechts maßgeblichen Informationsasymmetrie wird unter dem Gesichtspunkt des „fully specified contract“<sup>23</sup> die Ansicht vertreten, das Gesetz solle unabhängig von der Schutzbedürftigkeit einer Personengruppe die Regelung nachahmen, die die Parteien getroffen hätten, wenn sie zum Zeitpunkt des Vertragschlusses über alle vertragswesentlichen Informationen verfügt hätten und jeden dieser Punkte einer vertraglichen Vereinbarung zugeführt hätten. Das Ergebnis der Inhaltskontrolle solle also nur die Einigung der Parteien widerspiegeln, die sie auf privatautonomem Wege bei Kenntnis aller relevanten Umstände ohnehin erzielt hätten.

Für die Brauchbarkeit der ökonomischen Analyse des Rechts spricht weiterhin, dass es im Rahmen dieser nachvertraglichen Zuweisung von Risiken auf Kriterien ankommt, – wie insbesondere deren Vermeidbarkeit und Versicherbarkeit – die auch der BGH bisweilen ins Zentrum seiner Überlegungen stellt.<sup>24</sup> Ob der von der ökonomischen Analyse vertretene Standpunkt bei näherer Betrachtung dem ersten positiven Eindruck standhält, ist indes noch nicht hinreichend geklärt. Insbesondere scheint es einer eingehenden Untersuchung wert, inwieweit die der ökonomischen

21 dies wird mit dem sogenannten „race to the bottom“ umschrieben, also einem Wettrennen der Verwender um die schlechtesten AGB des Marktes.

22 diese Spirale wird meist mit dem Terminus der „negativen“ oder „adversen Selektion“ bedacht, vgl. *Akerlof*, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84 (1970), 488 ff.

23 siehe hierzu: *Schäfer/Ott*, S. 401 ff.

24 vgl. zum Aspekt der Versicherbarkeit: BGHZ 33, 216; BGHZ 77, 126; BGHZ 103, 316, 326 f.; BGHZ 149, 89, 99; zum Gesichtspunkt der Risikobeherrschung: BGHZ 103, 316, 324 ff.; BGHZ 135, 116, 122 f.; BGHZ 150, 286, 297; BGH NJW 1971, 1036; BGH NJW 2005, 422.