

Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales Privatrecht

# Rabels Zeitschrift

für ausländisches und internationales Privatrecht

**The Rabel Journal**  
of Comparative and International Private Law

Mit den Beiträgen des Symposiums  
**Kautelarpraxis und Privatrecht**

und einem erweiterten Rezensionsteil



**Rabels Zeitschrift**  
für ausländisches und internationales Privatrecht  
**The Rabel Journal**  
of Comparative and International Private Law

Herausgegeben in Gemeinschaft mit

Jürgen Basedow, Ulrich Drobnig, Bernhard Großfeld, Klaus J. Hopt,  
Hein Kötz, Ernst-Joachim Mestmäcker, Wernhard Möschel

von

Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann

Direktoren am Institut

Redaktion: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht,  
Mittelweg 187, D-20148 Hamburg  
Telefon 040/41900-234 – Telefax 040/41900-288

Redaktionsausschuss: Christian Eckl, Jens Kleinschmidt, Christoph Kumpan,  
Klaus Ulrich Schmolke, Kurt Siehr, Wolfgang Wurmnest

Redaktionsassistentz: Anke Schild

Manuskripte: **rabelsz@mpipriv.de**

All Rabel Journal articles are subject to peer review by at least two experts familiar with their subject matter. For more information on the submission procedure and for the style sheet in English and German please visit <[www.mohrsiebeck.com/rabelsz](http://www.mohrsiebeck.com/rabelsz)>.

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberrechtsfrist.

Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

Bestandteil des Verlagsrechts sind das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten, und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträgern oder im Onlineverfahren zu verbreiten.

*Erscheinungsart:* Bandweise, pro Jahr ein Band zu 4 Heften mit je etwa 225 Seiten. Empfohlener Verkaufspreis pro Band: € 329,- für Institutionen einschließlich eines IP-gesteuerten elektronischen Zugangs mit Hyperlinks. Der Zugang gilt für *einen* Standort einer mittelgroßen Institution mit bis zu 40.000 Nutzern (FTE). Als mehrere Standorte gelten Institutionen dann, wenn die Einrichtungen in unterschiedlichen Städten liegen. Multi-Sites und größere Institutionen bitten wir um Einholung eines Preisangebots direkt beim Verlag. Kontakt: **elke.brixner@mohrsiebeck.com**. Abonnement für Privatpersonen: € 169,-, einschließlich eines elektronischen Zugangs über Benutzername und Passwort. *Einzelheftpreis:* € 94,-, jeweils zuzüglich Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Jahresende für das folgende Jahr möglich. Die Abbestellung muss bis spätestens 30. November erfolgen. Eine Einbanddecke ist zum Preis von € 21,- lieferbar. *Verlag:* Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen. *Vertrieb:* über den Buchhandel.

© 2018 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen. – Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz und Druck: Gulde-Druck, Tübingen.  
ISSN 0033-7250

**Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages**

## Inhalt dieses Heftes

### Schwerpunkte

„Kautelarpraxis und Privatrecht“ – Jahrestreffen der Freunde des Hamburger Max-Planck-Instituts, Hamburg, 24. Juni 2017 . . .	239–381
FLEISCHER, HOLGER, Kautelarpraxis und Privatrecht: Grundfragen und gesellschaftsrechtliche Illustrationen . . . . .	239–266
Summary: Contractual Practice and Private Law: Basic Questions and Illustrations Taken from Company Law . . . . .	266
VETTER, JOCHEN, Kautelarpraxis und M&A-Verträge . . . . .	267–298
Summary: Contractual Practice and M&A Transactions . . . . .	297–298
WENCKSTERN, MANFRED, Kautelarpraxis und Erbrecht . . . . .	299–314
Summary: Designing Last Wills and Inheritance Contracts . . .	313–314
RUPP, CAROLINE S., Gestaltungsspielraum für die Kautelarpraxis im Sachenrecht? – Beispiele aus dem Wohnungseigentumsrecht . .	315–345
Summary: Contractual Practice in Property Law – Examples from Condominium Law . . . . .	345
WURMNEST, WOLFGANG, Kautelarpraxis und Allgemeine Geschäfts- bedingungen . . . . .	346–381
Summary: Contractual Practice and Standard Contract Terms	380–381

### Berichte

Institut de droit international, 78. Session in Hyderabad, 3.–10. Sep- tember 2017 – UN-Sanktionen, Massenmigration, einstweiliger Rechtsschutz, IPR und Menschenrechte (JÜRGEN BASEDOW) . . .	382–384
--	---------

### Materialien

Institut de droit international: Resolution Adopted by the Institute at its Hyderabad Session, 8 September 2017: Provisional Measures (3rd Commission) . . . . .	385–386
--	---------

## Literatur

## I. Buchbesprechungen

- Abendroth, Matthias*: Partei-autonome Zuständigkeitsbegründung im Europäischen Zivilverfahrensrecht. Berlin 2016 (HAIMO SCHACK) . . . . . 387–390
- Becker, Anja*: Verfahrenskoordination bei transnationalen Immaterialgüterrechtsstreitigkeiten. Berlin 2016 (RUTH JANAL) . . . . 390–396
- Behme, Caspar*: Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze. Ein Beitrag zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im europäischen Gesellschaftsrecht. Tübingen 2015 (MARC-PHILIPPE WELLER/JAN-MARK STEINER) . . . . . 396–403
- BGB. Band 6: Rom-Verordnungen (Rom I – Vertragliche Schuldverhältnisse, Rom II – Außervertragliche Schuldverhältnisse, Rom III – Ehescheidung, Trennung); HUP – Haager Unterhaltsprotokoll; EuErbVO – Erbrecht. Hrsg. von *Rainer Hüßtege* und *Heinz-Peter Mansel* in Verbindung mit dem *Deutschen Anwaltverein*. 2. Auflage. Baden-Baden 2015 (DIETER MARTINY) . . 403–406
- Brandt, Hans-Jürgen*: Indigene Justiz im Konflikt. Konfliktlösungssysteme, Rechtspluralismus und Normenwandel in Peru und Ecuador. Baden-Baden 2016 (WOLF PAUL) . . . . . 406–411
- Bu, Yuanshi*: Einführung in das Recht Chinas. 2., vollständig überarbeitete Auflage. München 2017 (KNUT BENJAMIN PIßLER) . . 411–419
- Callsen, Raphaël*: Eingriffsnormen und Ordre public-Vorbehalt im Internationalen Arbeitsrecht. Ein deutsch-französischer Vergleich. Baden-Baden 2015 (DIETER MARTINY) . . . . . 419–422
- Chambellan, Agnieszka*: Europäisierung des Reisevertragsrechts. Die Mängelrechte des Reisenden im deutsch-polnischen Rechtsvergleich. Tübingen 2016 (ERNST FÜHRICH) . . . . . 422–424
- Chen, Xiao*: Die Leitung und Überwachung der chinesischen und der deutschen Aktiengesellschaft. Ein Rechtsvergleich auch mit Rücksicht auf börsennotierte Tochtergesellschaften. Berlin 2015 (PETER LEIBKÜCHLER) . . . . . 425–429
- Comparative Succession Law. Volume II: Intestate Succession. Ed. by *Kenneth G.C. Reid*, *Marius J. de Waal* and *Reinhard Zimmermann*. Oxford 2015 (PAUL EITEL) . . . . . 430–433
- Deren, Deniz Halil*: Internationales Enteignungsrecht. Kollisionsrechtliche Grundlagen und Investitionsschutzfragen. Tübingen 2015 (STEPHAN VON MARSCHALL) . . . . . 433–437
- Europäisches Kollisionsrecht. Hrsg. von *Matthias Weller*. Baden-Baden 2016 (MICHAEL F. MÜLLER) . . . . . 438–443

Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. EuZPR/EuIPR. Kommentar. – Band I: Brüssel Ia-VO. Hrsg. von <i>Thomas Rauscher</i> . 4. Auflage. Köln 2016 – Band IV: Brüssel IIa-VO, EG-UntVO, HUntVerfÜbk 2007, EU-EheGüterVO-E, EU-LP-GüterVO-E, EU-SchutzMVO. Hrsg. von <i>Thomas Rauscher</i> . 4. Auflage. Köln 2015 (CHRISTIAN HEINZE) . . . . .	443–450
Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe. Ed. by <i>Andrea Büchler</i> and <i>Helen Keller</i> . Cambridge, Antwerp, Portland 2016 (MAREIKE SCHMIDT) . . . . .	450–454
<i>Feiten Wingert Ody, Lisiane</i> : Einführung in das brasilianische Recht. München 2017 (BURKARD J. WOLF) . . . . .	455–456
<i>Frangou, Georgios</i> : Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Griechenland. Die Anwendung des europäischen Zivilprozessrechts durch die griechische Rechtsprechung. Baden-Baden 2017 (ACHILLES G. KOUTSOURADIS) . . . . .	456–458
<i>Frank, Ansgar</i> : Formwechsel im Binnenmarkt. Die grenzüberschreitende Umwandlung von Gesellschaften in Europa. Tübingen 2016 (JAN LIEDER) . . . . .	458–465
Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts. Hrsg. von <i>Stefan Arnold</i> . Tübingen 2016 (GUNTHER KÜHNE) . . . . .	465–470
<i>Hamann, Hanjo</i> : Evidenzbasierte Jurisprudenz. Methoden empirischer Forschung und ihr Erkenntniswert für das Recht am Beispiel des Gesellschaftsrechts. Tübingen 2014 (ANDREAS M. FLECKNER) . . . . .	471–478
<i>He, Jian</i> : Anteilige Haftung für ärztliche Behandlungsfehler. Berlin 2017 (YUANSHI BU) . . . . .	479–481
The Influence of Islam on Banking and Finance. Ed. by <i>Uwe Blau-rock</i> . Baden-Baden 2014 (OSMAN SACARCELİK) . . . . .	481–485
Internationales Erbrecht. EuErbVO, Erbrechtliche Staatsverträge, EGBGB, IntErbRVG, IntErbStR, IntSchenkungsR. Hrsg. von <i>Anatol Dutta</i> und <i>Johannes Weber</i> . München 2016 (STEPHAN WOLF) . . . . .	486–490
<i>Kalin, Christian</i> : Verhaltensnorm und Kollisionsrecht. Eine Studie zu den rechtsgeschäftlichen Auswirkungen der Korruption im internationalen Rechtsverkehr. Tübingen 2014 (DIETER MARTINY) . . . . .	490–493
<i>Kuntz, Thilo</i> : Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang. Venture Capital in Deutschland und den USA. Tübingen 2016 (FLORIAN MÖSLEIN) . . . . .	493–500
<i>Laugwitz, Helena Charlotte</i> : Die Anerkennung und Vollstreckung drittstaatlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Rechtsvergleichende Betrachtung und europäische Regelungsoptionen. Tübingen 2016 (GERHARD HOHLOCH) . . . . .	500–506

<i>Lederer, Nadine</i> : Grenzenloser Kinderwunsch. Leihmutterchaft im nationalen, europäischen und globalen rechtlichen Spannungsfeld. Frankfurt am Main 2016 (KONRAD DUDEN) . . . . .	506–508
<i>Mankowski, Peter</i> : Rechtskultur. Tübingen 2016 (ERIK JAYME) . . . . .	508–511
<i>McCormack, Gerard, Andrew Keay, Sarah Brown</i> : European Insolvency Law. Reform and Harmonization. Cheltenham u.a. 2017 (CHRISTOPH A. KERN) . . . . .	511–522
<i>Meškić, Zlatan, Slavko Djordjević</i> : Međunarodno privatno pravo I – Opći dio [Internationales Privatrecht I – Allgemeiner Teil]. Sarajevo 2016 (STEFAN PÜRNER) . . . . .	522–524
<i>Müller, Jens Felix</i> : Religiöse Kunst im Konflikt zwischen Urheberrecht und Sacheigentum. Unter besonderer Berücksichtigung von Kirchenbauten. Tübingen 2017 (HAIMO SCHACK) . . . . .	524–527
<i>Müller, Karen</i> : Die elterliche Sorge im international-privatrechtlichen Kontext aus konsularrechtlicher Sicht. Bielefeld 2016 (MICHAEL COESTER) . . . . .	527–529
<i>Müller, Matthias J.</i> : Staatsbankrott und private Gläubiger. Baden-Baden 2015 (CHRISTOPH G. PAULUS) . . . . .	529–533
<i>Oppermann, Karl Felix</i> : Die Unteranknüpfung nach der EuErbVO im Mehrrechtsstaat Spanien. Frankfurt am Main 2016 (TERESA PUIG STOLTENBERG) . . . . .	533–539
<i>Sitter, Sophie Catherine</i> : Grenzüberschreitende Leihmutterchaft. Eine Untersuchung des materiellen und internationalen Abstammungsrechts Deutschlands und der USA. Berlin 2017 (CHRIS THOMALE) . . . . .	539–543
Studies in the Contract Laws of Asia. Volume I: Remedies for Breach of Contract. Ed. by <i>Mindy Chen-Wishart, Alexander Loke and Burton Ong</i> . Oxford 2016 (KNUT BENJAMIN PIßLER) . . . . .	544–547
<i>Thier, Markus</i> : Das japanische Insiderrecht. Tübingen 2016 (HARALD BAUM) . . . . .	547–549
<i>Thöne, Meik</i> : Die Abschaffung des Exequaturverfahrens und die EuGVVO. Bestandsaufnahme, Bewertung, Ausblick. Tübingen 2016 (JAN VON HEIN) . . . . .	550–554
<i>Toth, Orsolya</i> : The Lex Mercatoria in Theory and Practice. Oxford 2017 (OLAF MEYER) . . . . .	555–558
II. Eingegangene Bücher . . . . .	559–560
Mitarbeiter dieses Heftes . . . . .	561–562



# Kautelarpraxis und Allgemeine Geschäftsbedingungen

Von WOLFGANG WURMNEST, Augsburg

## Inhaltsübersicht

I. Einleitung . . . . .	347
II. Funktionen von AGB und Leistungen der Kautelarpraxis . . . . .	349
1. Die Grundlage: Rationalisierung von Vertragsbeziehungen . . . . .	349
2. Spezifizierung allgemeiner Regeln und Ausformung neuer Vertragstypen . . . . .	351
3. Verschiebung der Risiken auf die Vertragsgegenseite . . . . .	352
4. Mittel der Preisgestaltung . . . . .	353
5. Schaffung von Branchenstandards bzw. einheitlichen Regeln . . . . .	354
6. Ordnung des Wettbewerbs . . . . .	355
7. Fazit . . . . .	357
III. Verhältnis zu den anderen Gestaltungs Kräften des Rechts . . . . .	358
1. Gesetzgeber . . . . .	358
a) Nachjustierung der Schranken der Vertragsfreiheit . . . . .	358
b) Akzeptanz der Regelsetzung durch private Akteure . . . . .	366
c) Kodifizierung neuer Vertragstypen . . . . .	367
d) Fazit . . . . .	368
2. Rechtsprechung . . . . .	369
a) Rückblende: Vordenken von Kontrollmechanismen . . . . .	369
b) Gegenwart: Konkretisierung der besonderen Kontrollmechanismen . . . . .	373
c) Fazit . . . . .	376
3. Wissenschaft . . . . .	376
a) Klärung von Grundfragen . . . . .	376
b) Systematisierung . . . . .	377
c) Diagnose von Korrekturbedarf . . . . .	377
d) Fazit . . . . .	379
IV. Schluss . . . . .	379
Summary: Contractual Practice and Standard Contract Terms . . . . .	380

## I. Einleitung

Die Verwendung vertraglicher Formulklauseln im weitesten Sinne ist fast so alt wie das Recht selbst. Schon in der Antike lässt sich der Gebrauch solcher Kautelen nachweisen, etwa in Mietverträgen.<sup>1</sup> Im Mittelalter und in der frühen Neuzeit waren solche Bestimmungen in Verträgen der maritimen Welt von Bedeutung, und an Land versuchten Gastwirte, durch Ausgänge ihre strenge Haftung<sup>2</sup> zu beschränken.<sup>3</sup> Im Zuge der industriellen Revolution, als neue Produktions-, Arbeitsaufteilungs- und Transporttechniken dazu führten, dass verstärkt gleichförmige Leistungen einem immer größer werdenden Kundenkreis offeriert werden konnten, wurden Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) schließlich zu einer Massenerscheinung.<sup>4</sup> In der Folge setzten sich im 19. Jahrhundert Formularverträge auf breiter Basis durch, zunächst bei Dienstleistungsunternehmen wie Versicherern<sup>5</sup> oder Verkehrsunternehmen,<sup>6</sup> später auch im Finanzsektor, bei Industriegüterproduzenten und Händlern.<sup>7</sup> Heute sind AGB in allen Wirtschaftszweigen anzutreffen, von Austauschgeschäften des täglichen Lebens einmal

<sup>1</sup> Phillip Hellwege, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre (2010) 2 unter Verweis auf Bruce W. Frier, Landlords and Tenants in Imperial Rome (1980) 61 ff.; zu anderen Vertragsformularen vgl. Sibylle Hofer, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II/2 (2007) §§ 305–310 (I) Rn. 2.

<sup>2</sup> Zur Rezeptenhaftung des Gastwirts Reinhard Zimmermann, Die Geschichte der Gastwirthaftung in Deutschland, in: FS Klaus Luig (2007) 271, 280 ff.

<sup>3</sup> Zum Ganzen Hellwege, AGB (Fn. 1) 2f., 52 ff.; zusammenfassend auch ders., Stichwort: „Allgemeine Geschäftsbedingungen“, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann, Bd. I (2009) 28.

<sup>4</sup> Jürgen Basedow, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup> (2016) Vor § 305 BGB Rn. 1. Viele Stimmen halten AGB sogar für „ein Kind der industriellen Revolution“, vgl. Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung<sup>3</sup> (1996) 325; ähnlich Horst Locher, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>3</sup> (1997) 1f.; Stefanie Roloff, in: Erman, Kommentar zum BGB<sup>15</sup> (2017) Vor §§ 305–310 Rn. 1. Die Verwendung von solchen Bestimmungen lässt sich aber in zeitlicher Hinsicht deutlich weiter zurückverfolgen; vgl. Hellwege, AGB (Fn. 1) 2.

<sup>5</sup> Die Wurzeln der Allgemeinen Versicherungsbedingungen dieses Geschäftszweigs reichen freilich deutlich weiter zurück; siehe dazu Levin Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts<sup>3</sup>, Bd. I (1891) 374 ff.

<sup>6</sup> Zu den Reglements der deutschen Eisenbahngesellschaften siehe Levin Goldschmidt, Die Haftungspflicht der Eisenbahnverwaltungen im Güterverkehr, ZHR 4 (1861) 569, 579 ff.; Robert Pohlhausen, Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen im 19. Jahrhundert (1978) 14 ff.; zu Haftungsausschlussklauseln auf den Fahrkarten englischer Eisenbahnen siehe die Nachweise bei Filippo Ranieri, Europäisches Obligationenrecht<sup>3</sup> (2009) 327 f. mit Fn. 5.

<sup>7</sup> Ludwig Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935) 27; vgl. auch MüKo BGB/Basedow (Fn. 4) Vor § 305 BGB Rn. 1; ausführlich dazu HKK-BGB/Hofer (Fn. 1) §§ 305–310 (I) Rn. 2.

abgesehen.<sup>8</sup> Wer heutzutage AGB ablehnt, verhungert also nicht, schließt sich aber weitgehend von der Teilhabe an der Gesellschaft aus.<sup>9</sup>

Nachfolgend soll den Fragen nachgespürt werden, wie sich die Aktivitäten der vertragsgestaltenden Juristenzunft<sup>10</sup> auf das Recht ausgewirkt haben und in welchem Verhältnis dieser Zweig der Jurisprudenz zu den tradierten Schöpfern des Rechts steht. Der Begriff des Formularrechts wird dabei weit verstanden. Neben den vorfabrizierten Klauselwerken einzelner Verwender werden hierunter auch Formarklauseln oder Musterverträge gefasst, die Verbände ihren Mitgliedern oder einer bestimmten Branche empfehlen, da diese Regelwerke das Recht maßgeblich prägen können. Aufgrund der Breite des Klauselrechts fokussiert der Beitrag maßgeblich auf das deutsche Recht, geht aber bisweilen auch auf Entwicklungen in anderen europäischen Staaten ein. Thematisch wird das klassische Privatrecht im Vordergrund stehen, vereinzelt werden Ausflüge in das Handels- und Versicherungsrecht unternommen. Ausgeblendet bleibt die Rechtsdurchsetzung des Klauselrechts durch Verbände bzw. staatliche Organe, die in Europa unterschiedlich ausgestaltet ist.<sup>11</sup> Zunächst werden die Funktionen von AGB erläutert und die rechtsschöpferischen Leistungen der Kautelarpraxis beschrieben (II.). Anschließend soll das Verhältnis der Kautelarjurisprudenz zum Gesetzgeber, zu den Gerichten und zur Wissenschaft begutachtet werden (III.). Ein knappes Fazit rundet die Untersuchung ab (IV.).

---

<sup>8</sup> Markus Stoffels, *AGB-Recht*<sup>3</sup> (2015) Rn. 1.

<sup>9</sup> Karl-Heinz Neumayer, *Contracting Subject to Standard Terms and Conditions*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Bd. VII / 2, Kap. 12 (2008) (gebundene Fassung) Tz. 9: „One who refuses to subject himself to standard conditions today probably excludes himself from modern society. He must read by candle light, cook on a log fire [and] walk from place to place by carrying his luggage since storage would be subject to standard conditions [...]“

<sup>10</sup> Der Begriff der Kautelarjurisprudenz wird heute als „vorsorgende, planende, (vertrags-)gestaltende Tätigkeit von Organen der Rechtspflege“ umschrieben und häufig als Gegenbegriff zur forensischen Tätigkeit der Anwaltschaft verstanden; vgl. Stichwort „Kautelarjurisprudenz“, in: Creifelds *Rechtswörterbuch*<sup>22</sup>, hrsg. von Klaus Weber (2017). Eingehend zur Entwicklung der Kautelarjurisprudenz Holger Fleischer, *Kautelarpraxis und Privatrecht: Grundfragen und gesellschaftsrechtliche Illustrationen*, *RabelsZ* 82 (2018) 239–266 (in diesem Heft).

<sup>11</sup> Einen allgemeinen Überblick über die unterschiedlichen Durchsetzungsmechanismen geben Jürgen Basedow, in: *Münchener Kommentar zum BGB*<sup>4</sup> (2001) Einl. AGBG Rn. 24ff.; Thomas Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, *AGB-Recht*<sup>6</sup> (2013) Einl. Rn. 48ff.; Peter Ulmer/Matthias Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB-Recht*<sup>12</sup> (2016) Einl. BGB Rn. 110.

## II. Funktionen von AGB und Leistungen der Kautelarpraxis

Die Funktionen von AGB und die rechtsschöpferischen Leistungen der Kautelarpraxis in Zusammenhang mit solchen Klauseln sind vielfältig, da Klauselwerke nicht nur die Beziehung der Parteien regeln, sondern auch die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse beeinflussen können.

### 1. Die Grundlage: Rationalisierung von Vertragsbeziehungen

Auf der vertraglichen Ebene ist die Rationalisierung von Vertragsbeziehungen durch den Einsatz von AGB zum Vorteil beider Seiten sicherlich die bedeutsamste Leistung der Kautelarpraxis. Schon Ludwig Raiser hat in seiner Abhandlung zum „Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ aus dem Jahre 1935 darauf hingewiesen, dass Unternehmen mittels AGB die „Rationalisierung der Massenverträge“<sup>12</sup> anstreben, indem sie vertragliche Pflichten typisierten und vereinheitlichten:

„[Klauselwerke] sollen den Geschäftsbetrieb vereinfachen: viel Schreibwerk und lange Verhandlungen werden erspart, wenn man auf die vorgedruckten Bedingungen verweisen kann; die inhaltliche Gleichheit der abgeschlossenen Verträge [...] ist eine notwendige Grundlage genauer Kalkulation; Verpflichtungen, die mit schwer übersehbarem und darum auch schlecht zu kalkulierendem Risiko verbunden sind, können begrenzt oder ausgeschlossen werden“.<sup>13</sup>

Der Einsatz von AGB entlastet somit beide Parteien von den Mühen und dem Zeitaufwand, den Vertrag im Einzelnen auszuhandeln,<sup>14</sup> was zu einer Transaktionskostenminimierung führt.<sup>15</sup> Ferner wird Rechtssicherheit geschaffen, da Pflichten und Rechte der Parteien klar umschrieben werden können.<sup>16</sup> Zudem ermöglichen AGB eine genauere Kalkulation der Vertragsrisiken zu niedrigeren Kosten, was auf der Grundlage des Gesetzesrechts nicht immer mit der notwendigen Präzision möglich ist.<sup>17</sup> Neben Preisvorteilen kann dadurch eine größere Angebotsauswahl für den Kunden entstehen. Es verwundert nicht, dass die (See-)Versicherer ein Vorreiter bei der Entwicklung und Verwendung von Standardverträgen waren.<sup>18</sup> Das In-

<sup>12</sup> Raiser, AGB (Fn. 7) 19.

<sup>13</sup> Raiser, AGB (Fn. 7) 20.

<sup>14</sup> Hein Kötz, Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?, Gutachten für den 50. Deutschen Juristentag (1974) A 24 (nachfolgend: Gutachten 50. DJT).

<sup>15</sup> Lars Leuschner, Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle: Weshalb M&A-Verträge nicht der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. AGB unterliegen, AcP 207 (2007) 491, 503 f.

<sup>16</sup> Raiser, AGB (Fn. 7) 20.

<sup>17</sup> MüKo BGB / Basedow (Fn. 4) Vor § 305 Rn. 2.

<sup>18</sup> Die Verwendung von Formularverträgen im weitesten Sinne, die von Maklern angefer-

teresse dieser Unternehmen am Abschluss einer Vielzahl gleichförmiger Verträge liegt auf der Hand. Nur auf der Grundlage solcher Verträge lassen sich nämlich Risiken adäquat definieren und kalkulieren sowie in die Gegenleistung einpreisen. Hinzu kommt, dass das Geschäftsmodell von Versicherern auf der Bildung von Gemeinschaften mit vergleichbaren Risiken beruht, was den Einsatz von Standardverträgen notwendig macht.<sup>19</sup>

Die Rationalisierung bezieht sich auch auf die Vertragsabwicklung und Rechtsdurchsetzung. Ist die Rechtsdurchsetzung schwierig, versucht die Kautelarpraxis durch Klauseln Verbesserungen zu erreichen. Dieser Versuch lässt sich an Schadenspauschalen für Kartellschäden exemplifizieren. Trotz zahlreicher Bestrebungen auf nationaler und europäischer Ebene, die private Durchsetzung des Kartellrechts zu stärken,<sup>20</sup> haben Opfer von Hardcore-Kartellen nach wie vor große Schwierigkeiten, Ersatzansprüche durchzusetzen, u. a. deshalb, weil die Ermittlung ihres kartellbedingten Schadens oftmals schwierig ist.<sup>21</sup> Einkäufer in Deutschland, deren Risiko, durch wettbewerbsbeschränkende Absprachen geschädigt zu werden, hoch ist, sind deshalb dazu übergegangen, mit ihren Zulieferern Schadenspauschalen zu vereinbaren, um für den Fall der Mitwirkung des Zulieferers an einem Kartell zumindest einen Mindestschaden ersetzt zu bekommen.<sup>22</sup>

---

tigt wurden, lässt sich für die Seeversicherung bis ins 15. Jahrhundert nach Italien zurückverfolgen, vgl. *Karin Nehlsen-von Stryk*, Die venezianische Seeversicherung im 15. Jahrhundert (1986) 61 f.; vgl. allg. auch *Raiser*, AGB (Fn. 7) 26. Später haben die nordeuropäischen Seefahrtsnationen das im Mittelmeerraum entwickelte Konzept der Versicherung übernommen; vgl. *Siegbert Lammel*, Rechtsbildung durch Verträge und Vertragsbedingungen, in: Modernisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert, hrsg. von Karl Otto Scherner (1993) 89, 91. Weitere Nachweise zur Verwendung von Formularen im Seeversicherungswesen bei *Hellwege*, AGB (Fn. 1) 73 m. Fn. 305; Policen mit Vertragsbestimmungen waren auch in anderen Assekuranzfeldern von Bedeutung; vgl. *Goldschmidt*, Handbuch (Fn. 5) 374 ff.

<sup>19</sup> *Kötz*, Gutachten 50. DJT (Fn. 14) A 25 m. Fn. 31.

<sup>20</sup> Vgl. die Länderberichte zu einzelnen europäischen Staaten in: *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, hrsg. von Albert A. Foer/Jonathan W. Cuneo (2010). Mittlerweile wurden Grundlagen des Kartelldeliktsrechts auch durch eine europäische Richtlinie angeglichen; vgl. Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349/1. In Deutschland wurde die Richtlinie durch die 9. GWB-Novelle (Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 1.6.2017, BGBl. 2017 I 1416) umgesetzt; zu den Neuregelungen vgl. die Beiträge in: *Die 9. GWB-Novelle (2017)*, hrsg. von Christian Kersting/Rupprecht Podszun.

<sup>21</sup> Näher zur Berechnung des Kartellschadens bei einem Bezug von Waren oder Dienstleistungen zu erhöhten Preisen *Stefan Ohlhoff*, in: *Kartellverfahren und Kartellprozess*, hrsg. von Hans-Georg Kamann/Stefan Ohlhoff/Sven Völcker (2017) § 26 Rn. 165 ff.

<sup>22</sup> Näher zur umstrittenen Frage, unter welchen Voraussetzungen solche Klauseln wirksam sind: *Kirsten M. Löwenkamp/ Marcel Nuys*, Zu Grund und Grenzen pauschalierter Kartellschadensersatzklauseln, NZKart 2017, 61 ff.; *Peter-Christian Müller-Graff/Friedemann Kainer*, Die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen bei Kartellabsprachen in Vergabeverträ-

## 2. Spezifizierung allgemeiner Regeln und Ausformung neuer Vertragstypen

Darüber hinaus passt die Kautelarjurisprudenz durch Formularbedingungen das dispositive Recht an die Erfordernisse der Vertragsparteien an. Auch dieses Phänomen dient im weitesten Sinne der Rationalisierung: Kodifikationen oder Spezialgesetze sind zwangsläufig allgemein gehalten und zudem oftmals lückenhaft.<sup>23</sup> Die Verwendung von AGB ermöglicht das Aufstellen detaillierter Regeln für den modernen Wirtschaftsverkehr, etwa durch die Adaption dispositiver Vorgaben oder die Schaffung von Misch- und Unterformen gesetzlicher Vertragstypen.<sup>24</sup>

Eine besondere rechtsschöpferische Leistung ist sicherlich die Ausformung neuer, den Erfordernissen des modernen Wirtschaftsverkehrs entsprechender Vertragstypen im Wege von Formularverträgen.<sup>25</sup> Diese Entwicklung steht exemplarisch für Initiativdrang und Pioniergeist der Kautelarpraxis, die durch technische oder wirtschaftsorganisatorische Evolutionen stets aufs Neue gefordert werden. Greift man einige jüngere Entwicklungen heraus, so führte der technische Fortschritt etwa zur Herausbildung von (Formular-)Verträgen mit Internetanbietern oder Mobilfunkunternehmen. Als Beispiel für neue Vertragsmodelle in der Folge wirtschaftsorganisatorischer Veränderungen kann die Herausbildung von Just-in-time-Rahmenverträgen genannt werden, die die überbetriebliche Arbeitsteilung durch langfristige Lieferbeziehungen zwischen Unternehmen auf verschiedenen Marktstufen regeln.<sup>26</sup>

Neue Vertragstypen wurden insbesondere in den Feldern der Finanzierung und des Vertriebsrechts entwickelt. Bei der Schaffung neuer Vertrags-

---

gen, WM 2013, 2149 ff.; *Stefan Thomas / Lukas Bleier*, Die Pauschalierung von Kartellschadensersatz in AGB, KSzW 2015, 261 ff.; *Markus Welzenbach*, AGB-rechtliche Würdigung des pauschalierten Kartellschadensersatzes, NZKart 2016, 356 ff.; *Harro Wilde / Sönke Anders*, Pauschalierter Schadensersatz im Kartellrecht?, WuW 2015, 246 ff.

<sup>23</sup> *Kötz*, Gutachten 50. DJT (Fn. 14) A 24; *Stoffels*, AGB (Fn. 8) Rn. 71; *Zweigert / Kötz*, Einführung (Fn. 4) 325.

<sup>24</sup> *Ursula Stein*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen<sup>12</sup> (1991) Einl. AGB-Gesetz Rn. 2.

<sup>25</sup> Vgl. nur MüKo BGB / *Basedow* (Fn. 4) Vor § 305 Rn. 2 (u. a. mit Verweis auf den Automatenaufstellungsvertrag, den Mobilfunkvertrag sowie Leasing- und Factoringverträge); *Reinhard Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs<sup>4</sup> (2016) Rn. 1743 (u. a. mit Verweis auf Baubetreuungsverträge); *Soergel / Stein* (Fn. 24) Einl. AGB-Gesetz Rn. 2 (u. a. mit Verweis auf Leasing-, Factoring-, Franchising- und Automatenaufstellungsvertrag); *Stoffels*, AGB (Fn. 8) Rn. 71 (unter Verweis auf Automatenaufstellungs-, Leasing-, Franchise- und Factoringvereinbarungen). Ausführlich dazu und mit weiteren Beispielen *Michael Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. I (1991), Bd. II (1992) und Bd. III (1993) (u. a. zu Know-how-Verträgen, Consultingarrangements, Computer- und Kreditkartenverträgen).

<sup>26</sup> Zu diesem Vertragsmodell *Stefan Bernhard-Eckel*, Der Just-in-time-Vertrag: Ein Vertrag zwischen Austausch und Gesellschaft (1997).

typen orientierte sich die deutsche und europäische Kautelarpraxis oftmals am US-amerikanischen Recht, welches bereits Rechtsprechung bzw. gesetzliche Regeln zu diesen Verträgen hervorgebracht hatte.<sup>27</sup> Paradigmatisch hierfür steht neben dem Leasing und dem Factoring der Franchisevertrag, der sich in den USA aus dem Alleinvertrieb entwickelt hat<sup>28</sup> und in Deutschland – aber auch in anderen europäischen Staaten wie etwa der Schweiz – noch heute Formularrecht reinsten Wassers ist.<sup>29</sup> Die formularmäßige Ausgestaltung dieses Vertriebsmodells ist darin begründet, dass der Franchisegeber ein einheitliches Auftreten seiner Vertriebsmittler absichern möchte und diese auch gleich zu behandeln hat.<sup>30</sup> Klauselwerke sind aber nicht nur bei Franchiseverträgen von großer Bedeutung, sondern ganz allgemein bei der Strukturierung von Vertriebsbeziehungen. Vertriebsrecht ist daher in großem Umfang Klauselrecht.<sup>31</sup>

### 3. Verschiebung der Risiken auf die Vertragsgegenseite

Ein weiterer Hauptzweck von AGB ist die Überwälzung von Risiken auf den Kunden. Der Klauselverwender, der vorab Klauseln zur Lösung einzelner möglicherweise auftretender Rechtsprobleme aufstellt, formuliert diese in aller Regel so, dass eine Rechtsfrage zu seinem Vorteil gelöst wird.<sup>32</sup> Der Übergang zur Rationalisierung ist dabei fließend, da mit einer Vereinfachung der Vertragsabwicklung – wie das bereits erwähnte Beispiel der Kartellschadenspauschale zeigt – oftmals auch eine Beschneidung von Rechten einhergeht.<sup>33</sup> Das Fallmaterial zeigt jedoch, dass die meisten Klauselwerke den Verwender erheblich bevorzugen. Die Überwälzung ist freilich keine automatische Folge der Rationalisierung oder der Ausbildung neuer Vertragsmodelle. Es gibt nämlich auch Formularverträge, die als ausgewogen gelten, etwa weil sie von Vereinigungen erarbeitet wurden, in denen die verschiedenen Akteure einer Branche vertreten sind.<sup>34</sup>

Dass Verwender sich solche Vorteile sichern können, wird von der herrschenden Lehre in Deutschland mit einem partiellen Marktversagen erklärt: Vereinfacht ausgedrückt bestehen Informations- und Motivationsasymmetrien zwischen dem Verwender und seinen Kunden. Letztere sind oftmals

<sup>27</sup> *Stoffels*, AGB (Fn. 8) Rn. 1.

<sup>28</sup> *Eckhard Flohr*, in: Martinek / Semler / Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts<sup>4</sup> (2016) § 30 Rn. 3.

<sup>29</sup> *Stoffels*, AGB (Fn. 8) Rn. 1 (zum Leasing).

<sup>30</sup> Martinek / Semler / Flohr / Flohr (Fn. 28) § 30 Rn. 191.

<sup>31</sup> *Jürgen Niebling*, Vertriebsrecht als AGB-Recht, ZVertriebsR 2012, 79.

<sup>32</sup> IECL / Neumayer (Fn. 9) Tz. 11.

<sup>33</sup> *Stoffels*, AGB (Fn. 8) Rn. 74 (allg. zu Schadensersatzpauschalen).

<sup>34</sup> MüKo BGB / Basedow (Fn. 4) Vor § 305 Rn. 3.

rational desinteressiert, da eine Prüfung und Nachverhandlung nachteiliger Klauseln bzw. das Aufspüren eines anderen Vertragspartners mit besseren AGB zu hohe Transaktionskosten nach sich ziehen würde. In der Folge werden oftmals auch sehr unvorteilhafte Klauseln akzeptiert.<sup>35</sup>

Das Nachjustieren bei der gesetzlichen Kosten- und Risikoverteilung ist jedoch nicht immer verwerflich. Kautelarjuristen reagieren hierdurch oftmals auf ein geändertes Marktumfeld. Als Beispiel kann das „Bestellerprinzip“ für die Maklerkosten im Wohnungsmietrecht dienen, welches durch das Mietrechtsnovellierungsgesetz von 2015 eingeführt wurde. Hat, wie es oftmals der Fall ist, ausschließlich der Vermieter den Makler beauftragt, einen Mieter für die Wohnung zu finden, darf der Vermieter nach neuer Rechtslage die Maklerkosten nicht auf den Mieter überwälzen. Diese Regelung ist zwingend.<sup>36</sup> Sie hat allerdings für den Vermieter den Nachteil, dass er – wenn der Mieter den Vertrag bald wieder kündigt – die Maklergebühr gegebenenfalls erneut zahlen muss, was wiederum die Wirtschaftlichkeit der Vermietung gefährden könnte. Um die wirtschaftlichen Risiken aus der Gesetzesänderung abzufedern, sind findige Kautelarjuristen daher dazu übergegangen, eine zeitlich begrenzte Kündigungsverzichtsklausel für beide Parteien in den Mietvertrag aufzunehmen, um sicherzustellen, dass sich die Maklerkosten zumindest teilweise amortisieren.<sup>37</sup>

#### 4. Mittel der Preisgestaltung

In begrenztem Umfang setzen Verwender AGB auch als Mittel der Preisgestaltung ein. Diese Beobachtung mag auf den ersten Blick überraschen, da

<sup>35</sup> Grundlegend *Kötz*, Gutachten 50. DJT (Fn. 14) A 31f.; *Zweigert / Kötz*, Einführung (Fn. 4) 326f.; vgl. ferner *MüKo BGB / Basedow* (Fn. 4) Vor § 305 Rn. 5; *Matteo Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht (2013) 154ff.; *Leuschner*, AcP 207 (2007) 491, 504f.; *Patrick C. Leyens / Hans-Bernd Schäfer*, Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, AcP 210 (2010) 771, 777ff.; *Stoffels*, AGB (Fn. 8) Rn. 86; vgl. auch *Roberto Pardolesi*, Clausole abusive nei contratti dei consumatori – E oltre?, Il Foro Italiano 2014, V, 11ff. (nur für Verbraucherverträge). Andere Stimmen stellen dagegen primär auf die Unterlegenheit des Vertragspartners des Klauselverwenders ab; vgl. etwa *Bork*, Allgemeiner Teil (Fn. 25) Rn. 1744. Beide Ansätze werden als maßgeblich erachtet von *Phillip Hellwege*, Die §§ 307–309 BGB enthalten zwei Formen der Inhaltskontrolle, JZ 2015, 1130, 1132ff.

<sup>36</sup> Vgl. § 2 Abs. 1a, 5 WoVermittG sowie die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung, BT-Drucks. 18/3121 vom 10.11.2014, S. 37.

<sup>37</sup> Allg. zur Wirksamkeit solcher Klauseln BGH 30.6.2004 – VIII ZR 379/03, NJW 2004, 3117 (beiderseitiger Kündigungsverzicht von zwei Jahren). Ein Kündigungsverzicht für die Dauer von zwei Jahren ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofs aber dann unwirksam, wenn eine Wohnung in einem Studentenwohnheim vermietet wird, da andernfalls den „Unwägbarkeiten des Studienverlaufs“ (Aufgabe des Studiums, Ortswechsel etc.) nicht angemessen Rechnung getragen würde; vgl. BGH 15.7.2009 – VIII ZR 307/08, NJW 2009, 3506 Rn. 18.

die Preise für die Hauptleistung im Regelfall durch Individualvereinbarungen festgelegt werden. Aber natürlich können Vereinbarungen über Preise und Entgelte auch (ggf. zum Teil) durch AGB bestimmt werden (davon zu trennen ist freilich die Frage, inwieweit solche Vereinbarungen der AGB-Inhaltskontrolle unterfallen). Exemplarisch hierfür stehen die Preisverzeichnisse der Banken und Sparkassen. Aufgrund der Niedrigzinspolitik der Europäischen Zentralbank müssen Finanzinstitute seit einiger Zeit ihr Geschäftsmodell überdenken, um mehr Einnahmen zu erzielen. Ein Baustein zur Generierung von Mehreinnahmen sind Kontoführungsgebühren. Diese werden allerdings nicht allein als Monats- oder Jahresgebühren erhoben. Stattdessen bieten Banken und Sparkassen oftmals verschiedene Modelle mit bestimmten Grundleistungen an und berechnen für Sonderleistungen gesonderte Entgelte, etwa für Überweisungen, Übersendungen von TAN-Nummern oder Geldauszahlungen.<sup>38</sup> Diese AGB-basierte Preispolitik erschwert den Preisvergleich. Die Finanzinstitute setzen sie sicherlich auch ein, um Kunden nicht an die Konkurrenz zu verlieren.

## 5. Schaffung von Branchenstandards bzw. einheitlichen Regeln

Blickt man auf die Auswirkungen von AGB auf einen Markt, so lässt sich zunächst feststellen, dass Klauseln, die in einer Branche von vielen oder gar allen Anbietern verwendet werden, zur Etablierung von Branchenstandards führen, die die Parteien nicht mehr zum Gegenstand von Verhandlungen machen, weil sie so weit verbreitet sind.<sup>39</sup> Dieser Vereinheitlichungseffekt wird vor allem dann eintreten, wenn die Klauselwerke von Branchenverbänden erarbeitet wurden, wie es im Finanzsektor etwa durch die AGB-Banken der Fall ist. Auch wenn es keine ausführlichen empirischen Untersuchungen gibt, lässt sich doch ein gewisser Trend zur Verbreitung standardisierter Branchenbedingungen ausmachen;<sup>40</sup> sicherlich nicht zuletzt, weil kleine und mittelständische Unternehmen gerne auf solche Formulare zurückgreifen. Branchenübliche AGB können Rationalisierungsgründe haben, sie bewirken aber auch, dass Brancheninteressen geschützt werden und Kunden nicht auf Alternativangebote ausweichen können,<sup>41</sup> was aus wettbewerbsrechtlicher Sicht bedenklich sein kann (dazu sogleich unter 6.).

---

<sup>38</sup> Zu Entgelten für die Ein- und Auszahlung siehe *Christian Seidenbiedel*, Die neue Welt der Bankgebühren, FAZ vom 6.4.2017, S. 17.

<sup>39</sup> Vgl. allg. *Raiser*, AGB (Fn. 7) 20f.

<sup>40</sup> *Stoffels*, AGB (Fn. 8) R.n. 3.

<sup>41</sup> *Nadia Walker*, Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG (2015) 20.

In bestimmtem Umfang schaffen Formularverträge sogar grenzüberschreitend einheitliche Regeln.<sup>42</sup> Diese Entwicklung ist vor allem im Wirtschaftsrecht von Bedeutung, da in diesem Feld ein großes praktisches Bedürfnis für die „paralegale“ Setzung einheitlicher Regeln durch die Wirtschaftsakteure besteht.<sup>43</sup> Ein solches – um mit Hans Großmann-Doerth zu sprechen – „selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft“<sup>44</sup> kann sich insbesondere in Branchen etablieren, in denen grenzüberschreitend akzeptierte Musterverträge zum Einsatz kommen. So werden Finanz-Swaps im Bankverkehr praktisch weltweit auf der Grundlage der Vertragsmuster der International Swaps and Derivatives Association abgeschlossen.<sup>45</sup> Auch im internationalen Seeverkehr sind paralegale Einheitsregeln verbreitet.<sup>46</sup> Dort haben etwa von BIMCO<sup>47</sup> ausgearbeitete Verträge große Bedeutung, die unter Einbeziehung aller beteiligten Interessenverbände zu ganz unterschiedlichen Fragen ausgearbeitet werden.<sup>48</sup> Die grenzüberschreitende Verbreitung bestimmter Standardverträge hängt sicherlich auch damit zusammen, dass sie für ein hohes Maß an Rechtssicherheit sorgen, insbesondere wenn sie weit verbreitet sind und es Kommentierungen zu einzelnen Klauseln gibt.<sup>49</sup>

## 6. Ordnung des Wettbewerbs

In früheren Zeiten wurden AGB massiv als Mittel zur Ordnung des Wettbewerbs eingesetzt, namentlich zur Durchsetzung wettbewerbsbeschränkender Absprachen. So trafen Unternehmen Absprachen über Wettbewerbsparameter, die von den einzelnen Kartellmitgliedern dann im

---

<sup>42</sup> Da private Regeln nur innerhalb der Schranken des – jeweils anwendbaren – staatlichen Rechts gesetzt werden können, sind Musterverträge oder Standardklauseln streng genommen kein Einheitsrecht, sondern ergänzen lediglich das staatliche Recht; vgl. *Andreas Maurer*, Einheitsrecht im internationalen Warentransport, *RabelsZ* 81 (2017) 117, 153.

<sup>43</sup> *Hans-Joachim Mertens*, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff, *RabelsZ* 56 (1992) 219, 226.

<sup>44</sup> Vgl. *Hans Großmann-Doerth*, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht (1933) 5.

<sup>45</sup> *Oliver Remien*, Rechtseinheit ohne Einheitsgesetz? – Zum Symposium „Alternativen der Rechtsvereinheitlichung“, *RabelsZ* 56 (1992) 300, 308.

<sup>46</sup> Für eine Übersicht gebräuchlicher Vertragsmuster vgl. *Remien*, *RabelsZ* 56 (1992) 300, 309.

<sup>47</sup> BIMCO steht für „The Baltic and International Maritime Council“.

<sup>48</sup> *Maurer*, *RabelsZ* 81 (2017) 117, 154. Abrufbar sind diese Musterverträge unter <<https://www.bimco.org/contracts-and-clauses>>.

<sup>49</sup> Zum letzten Aspekt und bezogen auf die Verbreitung von AGB innerhalb eines Staates *Peter Hofer*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Gesetz und Praxis in der Schweiz, in: *Allgemeine Geschäftsbedingungen in der europäischen Rechtspraxis*, hrsg. von der Europäischen Anwaltsvereinigung (1997) 221, 222.

Außenverhältnis – teilweise unter Verwendung von AGB – gegenüber ihren Abnehmern oder Zulieferern umgesetzt wurden.<sup>50</sup> Wettbewerbsbeschränkende Klauseln kamen auch im Vertikalverhältnis zum Einsatz, etwa um Wiederverkäufern eine Preisbindung aufzuerlegen. Deutschland galt bis Mitte des 20. Jahrhunderts als „Land der Kartelle“, da es zahlreiche Kartellverbände gab.<sup>51</sup> Auch in anderen europäischen Staaten wurden vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen weitgehend geduldet.<sup>52</sup>

Mit der Schaffung moderner Kartellgesetze US-amerikanischer Prägung auf der Ebene des europäischen bzw. nationalen Rechts nach dem Zweiten Weltkrieg<sup>53</sup> wurden solche Beschränkungen des Wettbewerbs allerdings grundsätzlich verboten und nur in engen Ausnahmen als zulässig angesehen. Heute sehen daher alle Rechtsordnungen in Europa die Möglichkeit vor, kartellrechtlich gegen wettbewerbsbeschränkende Klauseln (und natürlich auch gegen Individualvereinbarungen) vorzugehen. Damit einher ging der Bedeutungsverlust von AGB als Mittel der Wettbewerbsbeschränkung, wenngleich wettbewerbswidrige Klauseln nicht vom Markt verschwunden sind. So hat das Bundeskartellamt (BKartA) in den letzten Jahren etwa diverse „Bestpreisklauseln“ in den AGB von Onlineplattformen untersagt, mit denen Onlineportale vertragsgebundenen Unternehmen Beschränkungen bei der Preis- oder Konditionengestaltung für die Vermarktung von Leistungen über andere Vertriebskanäle vorschrieben.<sup>54</sup>

In Deutschland wurde die Zulässigkeit von Konditionenkartellen sowie einseitigen Konditionenempfehlungen zudem lange Zeit an eine Anmeldung beim BKartA geknüpft, um kleinen und mittelständischen Unternehmen die Verwendung kartellrechtskonformer AGB zu erleichtern und einseitige Verhaltensweisen mit wettbewerbschädlichen Effekten umfassend untersagen zu können.<sup>55</sup> Das BKartA prüfte diese Klauselwerke nicht nur

<sup>50</sup> Näher dazu *Oswald Lehnich*, Kartelle und Staat unter Berücksichtigung der Gesetzgebung des In- und Auslands (1928) 43 ff., insb. 49; *Raiser*, AGB (Fn. 7) 27 f.; *Rudolf Lukes*, Der Kartellvertrag: Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen (1959) 36 f.

<sup>51</sup> Vgl. die Nachweise bei *Jürgen Basedow*, Kartellrecht im Land der Kartelle, WuW 2008, 270, 270 f.

<sup>52</sup> Näher dazu *Wolfgang Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch<sup>2</sup> (2012) 60 ff.

<sup>53</sup> Näher dazu *Wurmnest*, Marktmacht (Fn. 52) 63 ff.

<sup>54</sup> BKartA 20.12.2013 – B9-66/10, abrufbar unter <[www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de)>, bestätigt durch OLG Düsseldorf 9.1.2015 – VI-Kart 1/14 (V), BeckRS 2015, 3467 – „weite Bestpreisklausel“; BKartA 22.12.2015 – B9-121/13, abrufbar unter <[www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de)>; bestätigt durch OLG Düsseldorf 4.5.2016 – VI-Kart 1/16 (BKartA), BeckRS 2016, 10054 – „enge Bestpreisklausel“.

<sup>55</sup> Nach § 2 Abs. 2, § 9 Abs. 3 GWB a. F. galten solche Konditionenkartelle als freigestellt, die beim BKartA angemeldet wurden und denen das Amt nicht binnen drei Monaten widersprach. Konditionenempfehlungen von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen mussten nach § 22 Abs. 3 Nr. 2 GWB a. F. lediglich beim BKartA angemeldet werden, um nicht gegen das Empfehlungsverbot des § 22 Abs. 1 GWB a. F. zu verstoßen.

auf der Grundlage des Kartellrechts, sondern auch auf der Grundlage des AGB-Rechts.<sup>56</sup> Erst mit der Dezentralisierung der Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts, die mit der VO 1/2003 einherging,<sup>57</sup> und der dadurch notwendigen Angleichung des deutschen Rechts an das Unionskartellrecht im Rahmen der 7. GWB-Novelle von 2005<sup>58</sup> entfiel das Anmeldeerfordernis für Konditionenkartelle, deren Freistellungsfähigkeit seither auf der Grundlage des Prinzips der Legalausnahme von den beteiligten Unternehmen selbst zu prüfen ist. Da zugleich das Empfehlungsverbot (§ 22 Abs. 1 GWB a. F.) gestrichen wurde, entfiel auch die Anmeldung von Konditionenempfehlungen.<sup>59</sup>

## 7. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Kautelarpraxis auf dem Gebiet der AGB bedeutende rechtsschöpferische Leistungen erbracht hat. Die Verwendung von Klauseln führt zu einer Rationalisierung der Vertragspraxis und damit zu einer Senkung der Transaktionskosten. Zudem helfen AGB dabei, das dispositive Recht an branchenspezifische Notwendigkeiten und besondere Marktbedingungen anzupassen und die Rechtsdurchsetzung zu verbessern. Darüber hinaus hat die Kautelarpraxis neue Vertragstypen entwickelt und gestaltet mittels AGB die Vertriebsbeziehungen im Wirtschaftsleben. In bestimmten Branchen setzen Klauselwerke auch professionelle Standards oder helfen, grenzüberschreitend einheitliche Regeln zu etablieren. Im Fokus der Aufmerksamkeit steht allerdings der Umstand, dass sich die Verwender von AGB auf Kosten des Vertragspartners erhebliche rechtliche und wirtschaftliche Vorteile sichern können. Dies zeigt sich deutlich, wenn man das Verhältnis zwischen Kautelarjurisprudenz und den anderen Gestaltungskräften des Rechts betrachtet.

---

<sup>56</sup> Näher dazu *Peter Ulmer*, Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz, BB 1982, 584, 587ff. Im Tätigkeitsbericht des BKartA von 2001/02 wird die Gesamtzahl der bislang angemeldeten Konditionenempfehlungen mit 349 angegeben; vgl. Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2001/02 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Drucks. 15/1226 vom 27.6.2003, S. 51.

<sup>57</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1.

<sup>58</sup> Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 7.7.2005, BGBl. 2005 I 1954. Zu den Hintergründen *Monopolkommission*, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle (2004) Rn. 4ff.

<sup>59</sup> Krit. dazu *Florian Wagner-von Papp*, Empfiehlt sich das Empfehlungsverbot? – Die geplante Streichung des § 22 GWB in der 7. GWB-Novelle, WuW 2005, 379, 382ff.

### III. Verhältnis zu den anderen Gestaltungs Kräften des Rechts

#### 1. Gesetzgeber

Im vielschichtigen Verhältnis von Gesetzgeber und Kautelarjurisprudenz lassen sich drei größere Entwicklungslinien nachzeichnen: die Nachjustierung der Schranken der Vertragsfreiheit, die Akzeptanz der Regelsetzung durch private Akteure und die Kodifizierung neuer Vertragstypen.

##### a) Nachjustierung der Schranken der Vertragsfreiheit

Als erste und wichtigste Reaktion auf den flächendeckenden Einsatz von Formularverträgen hat der Gesetzgeber die Vertragsfreiheit beschnitten und dabei peu à peu ein ausdifferenziertes Kontrollinstrumentarium etabliert.

(1) *Ausweitung zwingenden Rechts.* – Historisch haben die nationalen Gesetzgeber in Europa auf die Verbreitung missbräuchlicher Klauseln zunächst mit der Verabschiedung zwingenden Rechts reagiert,<sup>60</sup> um Abweichungen von Gesetzesvorgaben durch Vereinbarung (zulasten der als schwächer angesehenen Partei) auszuschließen. Solche Verbote sind nicht auf Formularverträge beschränkt, sondern erfassen auch Individualvereinbarungen. Mit der Ausweitung von Formularverträgen im 19. Jahrhundert setzte sich zwingendes Recht zur Disziplinierung der Marktakteure nach und nach in immer mehr Bereichen des Vertragsrechts durch.

Für Deutschland sei exemplarisch nur auf das Abzahlungsgesetz von 1894<sup>61</sup> hingewiesen, das zum Schutz des Abzahlungskäufers u. a. deshalb erlassen wurde,<sup>62</sup> weil viele Händler sich für den Fall des Zahlungsverzugs neben Vertragsstrafen<sup>63</sup> das Recht ausbedungen hatten, die Ware vom Kunden zurückzufordern, ohne ihm aber die bis dato geleisteten Raten zurückzahlen zu müssen.<sup>64</sup> Das Abzahlungsgesetz stellte daher u. a. zwingende Regeln auf, wie im Fall des Rücktritts zu verfahren war.<sup>65</sup> Auch die zu Beginn

<sup>60</sup> Zu Beispielen aus dem Mittelalter und der frühen Neuzeit *Hellwege*, AGB (Fn. 1) 2; zu Beispielen aus dem 19. Jahrhundert *Kötz*, Gutachten 50. DJT (Fn. 14) A 25 (Gewerbeordnung von 1869, Reichshaftpflichtgesetz von 1871, Abzahlungsgesetz von 1894).

<sup>61</sup> Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16.5.1894, RGBl. 1894, 450.

<sup>62</sup> Zur Gesetzeshistorie siehe *Hans-Peter Benöhr*, Konsumentenschutz vor 80 Jahren, ZHR 138 (1974) 492 ff.; *Siebert Lammell*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III / 1 (2013) §§ 488–512 R.n. 34 ff.; *Marion Träger*, Vertragsfreiheit und *giustizia sostanziale* in Deutschland und Italien im 20. Jahrhundert (2003) 39 ff.

<sup>63</sup> *Benöhr*, ZHR 138 (1974) 492, 498.

<sup>64</sup> *Eike von Hippel*, Verbraucherschutz<sup>3</sup> (1985) 159; *Cosima Möller*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB (Edition 2013) § 491 BGB R.n. 10; vgl. allg. auch *Kötz*, Gutachten 50. DJT (Fn. 14) A 38. Eingehend zu gebräuchlichen Klauseln bei Abzahlungskäufen *Träger*, Vertragsfreiheit (Fn. 62) 35.

<sup>65</sup> Vgl. §§ 1, 2 AbzG 1894. Auch in anderen Staaten wurden zwingende Regeln für Ab-

des 20. Jahrhunderts aufkommenden umfassenden Versicherungsgesetze normierten zwingende Regeln, um die Gestaltungsmacht der Versicherer zu begrenzen.<sup>66</sup> Das französische Gesetz über die „Assurances terrestres“ von 1930<sup>67</sup> stellte in Art. 2 sogar den Grundsatz auf, dass alle Bestimmungen des Gesetzes als zwingend anzusehen seien, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt werde. Damit sollten, wie ein Kommentator bemerkte, nicht nur Zweifel über die Tragweite einzelner Regelungen ausgeschlossen, sondern auch die „conditions générales“ in den Policen der Versicherer auf ein Minimum reduziert werden.<sup>68</sup>

Heute ist in Europa nicht nur das Versicherungsrecht, sondern etwa auch das Arbeits-, Verbraucher- und Wohnraummietrecht zum großen Teil zwingend. Eine Bestimmung, die nach Hermann Jastrow zum Ausklang des 19. Jahrhunderts in Berlin allgemein üblich war und nach der bereits „der geringste Verzug in Zahlung der Miethe den Vermiether zu Exmission berechtigt, bei welcher der Miether dann noch während der ganzen Contractsdauer für die Miethe verhaftet bleibt“,<sup>69</sup> kann daher heute nicht mehr wirksam vereinbart werden. Zwar geht die kontinuierliche Ausweitung zwingender Regeln im Vertragsrecht natürlich nicht allein oder vornehmlich auf den Einsatz missbräuchlicher Klauseln zurück, sie ist aber sicherlich auch eine Folge ihrer Verwendung in den jeweiligen Vertragsfeldern.<sup>70</sup>

Punktuell zwingendes Recht gewährt freilich keinen umfassenden Schutz vor missbräuchlichen Klauseln, da es lediglich eng umrissene Praktiken in bestimmten Vertragsverhältnissen verbietet. Neu aufkommende Klauseln und Umgehungsgeschäfte werden nicht unbedingt erfasst.<sup>71</sup> Deshalb hat der Gesetzgeber in einem zweiten Schritt besondere Kontrollmechanismen für AGB aufgestellt.

---

zahlungsgeschäfte eingeführt; zu Frankreich und Belgien siehe *Eike von Hippel*, Der Schutz des Verbrauchers vor unlauteren Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den EG-Staaten, *RabelsZ* 41 (1977) 237, 258, 260.

<sup>66</sup> *Kötz*, Gutachten 50. DJT (Fn. 14) A 38. Das Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30.5.1908 (RGBl. 1908 263) verbot etwa Abreden zulasten des Versicherungsnehmers bei einer Verletzung seiner Obliegenheiten (§ 6 VVG 1908), untersagte für bestimmte Konstellationen die stillschweigende Vertragsverlängerung über ein Jahr hinaus (§ 8 VVG 1908) und legte fest, dass der Versicherer sich nicht auf eine Vereinbarung berufen durfte, nach welcher seine Leistung erst mit der Feststellung des Anspruchs durch Anerkenntnis, Vergleich oder rechtskräftiges Urteil fällig wird (§ 11 VVG 1908).

<sup>67</sup> *Loi relative au contrat d'assurance*, J.O. Nr. 168 vom 18.7.1930, S. 8003.

<sup>68</sup> *André Trasbot*, *Dalloz – Recueil périodique et critique* 1931, IV, 1, 7.

<sup>69</sup> *Hermann Jastrow*, Wie ist den Mißbräuchen, welche sich bei den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegen zu wirken?, *Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages*, Bd. I (1892) 265, 282; weitere Beispiele für Klagen über das „Formularvertragswesen“ im Mietrecht um 1900 bei *Jürgen Herrlein*, Ein Leben mit der Miete, *NJW* 2017, 711, 711 f.

<sup>70</sup> Vgl. allg. *Peter Schlosser*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB (2013) Vorbem. zu §§ 305 ff. BGB Rn. 3 (zum Mietrecht).

<sup>71</sup> *Kötz*, Gutachten 50. DJT (Fn. 14) A 68 ff.

(2) *Schaffung besonderer AGB-Kontrollmechanismen.* – Vorreiter für die Schaffung besonderer Regeln in Europa war – neben Polen<sup>72</sup> – Italien, dessen *Codice civile* von 1942 bereits ein Regime zur Einbeziehungskontrolle aufstellte. Grundsätzlich wurde die Einbeziehung von Vertragsbedingungen an das Kennen bzw. Kennenmüssen der Bestimmungen geknüpft (Art. 1341 Abs. 1 *Codice civile*), was auch den Abschluss überraschender Klauseln ermöglichte.<sup>73</sup> Bestimmte Klauseln, die der Gesetzgeber als besonders belastend ansah, mussten sogar gesondert abgezeichnet werden, um wirksam in den Vertrag einbezogen zu werden (Art. 1341 Abs. 2 *Codice civile*).<sup>74</sup> Flankierend wurde bei Formularverträgen der Vorrang der Individualabrede festgeschrieben (Art. 1342 *Codice civile*) und die *contra proferentem*-Regel normiert (Art. 1370 *Codice civile*).<sup>75</sup> Letztere war als allgemeine Regel auch schon im französischen *Code civil* von 1804 normiert.<sup>76</sup>

Diese Regelungen stellten sicher, dass Gerichte eine Einbeziehungskontrolle durchführen mussten, die sich – wenn man den Geltungsgrund von AGB in der Vertragstheorie verortet – freilich auch schon aus der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre ergibt. Neu war die „doppelte Unterschrift“. Sie sollte den Klauselgegner warnen und zugleich Rechtssicherheit bei der Einbeziehung sicherstellen.<sup>77</sup> Eine besondere richterliche Inhaltskontrolle hielt der Gesetzgeber für entbehrlich. Es zeigte sich aber bald, dass ein AGB-

<sup>72</sup> Der polnische Gesetzgeber hatte im Obligationenrecht von 1933 (poln. OR) Regeln zur Einbeziehung von AGB (sog. „Richtlinien“) bzw. von Vertragsmustern verankert. Die Geltung von AGB machte Art. 71 poln. OR grundsätzlich davon abhängig, dass sie bei Vertragsschluss ausgehändigt wurden, sofern sich der Kunde nicht anderweitig mit Leichtigkeit von ihrem Inhalt überzeugen konnte (§ 1). Für Dauerschuldverhältnisse galt eine Sonderregel (§ 2) und schließlich durften die AGB nicht „dem Vertrag“ widersprechen (§ 3). Bei Vertragsmustern, die von einer staatlichen Stelle herausgegeben bzw. vorab genehmigt wurden (z. B. Muster für Verträge mit Stromversorgern oder Gaswerken), genügte hingegen die Bezugnahme auf die Muster, um sie wirksam in den Vertrag einzubeziehen (Art. 72 poln. OR), da bereits eine Vorkontrolle durch die Verwaltung stattgefunden hatte. Eine besondere AGB-Inhaltskontrolle sah das poln. OR nicht vor. Näher zum Ganzen *Stephan Heidenhain*, Das Verbraucherschutzrecht in Polen und in der Europäischen Union (2001) 22ff. mit deutscher Übersetzung dieser Vorschriften (ebd. 289f.), die hier als Orientierung diene.

<sup>73</sup> *Michael Joachim Bonell*, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen nach italienischem Recht, *ZVglRWiss* 78 (1979) 1, 4f.

<sup>74</sup> Gesondert abgezeichnet werden müssen Klauseln über Haftungsbeschränkungen des Verwenders, den Rücktritt vom Vertrag und die Aussetzung seiner Durchführung. Gleiches gilt für Bestimmungen, die zum Nachteil des Kunden dessen Einreden und Einwendungen beschränken, dessen Vertragsfreiheit gegenüber Dritten begrenzen, stillschweigend den Vertrag verlängern oder erneuern, sowie für Schiedsabreden oder Bestimmungen zur Änderung der Zuständigkeit der Gerichte.

<sup>75</sup> Zum Hintergrund *Paolisa Nebbia*, *Unfair Contract Terms in European Law: A Study in Comparative and EC Law* (2007) 36.

<sup>76</sup> Art. 1162 *Code civil* a. F. = Art. 1190 *Code civil* n. F. (Fassung nach der Schuldrechtsmodernisierung).

<sup>77</sup> *Karl-Heinz Neumayer*, Italien, in: *Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen – Verhandlungen der Fachgruppen für Grundlagenforschung und Zivilrechtsver-*

Recht ohne Inhaltskontrolle wenig taugt, da Klauseln, die das Vertragsgleichgewicht erheblich störten, anzuwenden waren, sofern sie nur eindeutig formuliert und vom Kunden gesondert abgezeichnet wurden. Pointiert zusammengefasst wurde das italienische System mit „ärztlicher Hilfe“ verglichen, „die den Patienten rückhaltlos und genau über seine Gebrechen aufklärt, eine Arznei aber nicht bereithält“.<sup>78</sup>

Im Zuge der Ende der 1960er-Jahre aufkommenden Verbraucherschutzbewegung flammte in ganz Europa die – bereits in früheren Zeiten geführte<sup>79</sup> – Diskussion wieder auf, wie der Schutz des Klauselgegners verbessert werden könnte. Als Frucht dieser Debatte wurden in verschiedenen Staaten Reformen durchgeführt, um Klauseln auf breiter Basis kontrollieren zu können.<sup>80</sup> Das deutsche AGBG von 1976<sup>81</sup> sah – auch mit Blick auf die Erfahrungen in Italien<sup>82</sup> – neben der Konsenskontrolle und flankierenden Regeln<sup>83</sup> eine bereits zuvor in der Rechtsprechung anerkannte (dazu sogleich unter III.2.a) offene richterliche Inhaltskontrolle vor, die (mit bestimmten Ausnahmen) neben Verbrauchergeschäften auch die richterliche Kontrolle von Klauseln im unternehmerischen Verkehr ermöglichte.<sup>84</sup> Diese Inhaltskontrolle beruhte auf einer Generalklausel,<sup>85</sup> die durch besondere Kataloge mit typischen Klauseln ergänzt wurde<sup>86</sup> und als Rechtsfolge die Nichtigkeit missbräuchlicher Klauseln vorsah.<sup>87</sup> Im Rahmen der Schuldrechtsmoderni-

---

gleichung der Tagung für Rechtsvergleichung in Berlin vom 27. bis 30. September 1967 (1968) 52, 60.

<sup>78</sup> Werner A. Hecht, Der standardisierte Vertrag als rechtsdogmatisches und rechtsphilosophisches Problem, ZSchwR 79 (1960) 47, 68; ebenfalls zit. von Neumayer, Italien (Fn. 77) 66.

<sup>79</sup> Vgl. nur Hellwege, AGB (Fn. 1) 197.

<sup>80</sup> Überblick bei von Hippel, RabelsZ 41 (1977) 237, 239 ff.

<sup>81</sup> Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976, BGBl. 1976 I 3317. Dieses Gesetz trat am 1.4.1977 in Kraft.

<sup>82</sup> Vgl. die Auseinandersetzung im vorbereitenden Gutachten von Kötz, Gutachten 50. DJT (Fn. 14) A 60.

<sup>83</sup> Flankierend wurde normiert, dass überraschende Klauseln nicht Vertragsbestandteil werden (§ 3 AGBG), Individualvereinbarungen Vorrang vor entgegenstehenden Klauseln haben (§ 4 AGBG) und mehrdeutige Klauseln zulasten des Verwenders auszulegen sind (§ 5 AGBG).

<sup>84</sup> Zur Gesetzgebungsgeschichte Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer (Fn. 11) Einl. Rn. 10 f.; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack (Fn. 11) Einl. BGB Rn. 13 ff.; Wolfgang Wurmnest, in: Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup> (2016) § 307 Rn. 75; zur Entstehungsgeschichte der Klauselrichtlinie Elissavet N. Kapnopoulou, Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union (1997) 52 ff.; Hans-W. Micklitz, Missbräuchliche Vertragsklauseln, in: Europäisches Verbraucherrecht<sup>4</sup>, hrsg. von Hans-W. Micklitz/Norbert Reich (2003) 493, 494 ff.

<sup>85</sup> § 9 AGBG.

<sup>86</sup> §§ 10, 11 AGBG.

<sup>87</sup> Vgl. §§ 6, 9–11 AGBG.

sierung<sup>88</sup> wurde dieses Kontrollregime in das BGB transferiert (§§ 307–310 BGB), um der Bedeutung von AGB Rechnung zu tragen.<sup>89</sup>

Die aus rechtsvergleichender Perspektive sehr detaillierten materiell-rechtlichen Regelungen des AGBG<sup>90</sup> dienen auch bei der Verabschiedung der EU-Klauselrichtlinie 93 / 13<sup>91</sup> als Inspirationsquelle.<sup>92</sup> Da diese Richtlinie, die mittlerweile auch auf die Schweiz ausstrahlt,<sup>93</sup> auf Verbrau-

<sup>88</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. 2001 I 3138.

<sup>89</sup> Befürwortet wurde die Eingliederung des AGBG in das BGB von *Jürgen Basedow*, Eine Deponie wird geschlossen – Ein Rückblick auf die Karriere des AGB-Gesetzes, ZEuP 9 (2001) 433, 434; *Thomas Pfeiffer*, Die Integration von „Nebengesetzen“ in das BGB, in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, hrsg. von Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (2001) 481, 500 f.; *Manfred Wolf/Thomas Pfeiffer*, Der richtige Standort des AGB-Rechts innerhalb des BGB, ZRP 2001, 303 ff. (Letztere allerdings mit der Empfehlung, einen Standort im Allgemeinen Teil des BGB zu wählen); gegen eine Integration hingegen *Peter Ulmer*, Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk, JZ 2001, 491 ff. Zudem stellte sich die Frage, in welcher Form das AGBG in das BGB überführt werden sollte. Letztlich setzte sich die Ansicht durch, die eine Übernahme „en bloc“ befürwortete, näher dazu *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack* (Fn. 11) Einl. BGB Rn. 31.

<sup>90</sup> Aus rechtsvergleichender Perspektive wurde das AGBG als „bisher wohl detaillierteste Regelung des Problemkreises nicht nur innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, sondern auf Weltebene“ bezeichnet; vgl. *von Hippel*, RabelsZ 41 (1977) 237, 256.

<sup>91</sup> Richtlinie 93 / 13 / EWG des Rates vom 5.4.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95 / 29. Für einen Überblick über die Richtlinie vgl. *Hans-W. Micklitz*, AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen, ZEuP 1 (1993) 522, 524 ff.; *Oliver Remien*, AGB-Gesetz und Richtlinie über mißbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld, ZEuP 2 (1994) 34 ff.; *Martin Schmidt-Kessel*, in: Gebauer/Teichmann, Enzyklopädie Europarecht, Bd. VI (2016) § 4 Rn. 452 ff.

<sup>92</sup> *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer* (Fn. 11) Vor Art. 1 Rn. 25; vgl. auch *Mário Tenreiro/Jens Karsten*, Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, Contradictions and Novelities of a Directive, in: Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, hrsg. von Hans Schulte-Nölke/Reiner Schulze (1999) 223, 239 (Art. 8 AGBG als Pate für Art. 4 Abs. 2 KlauselRL); *Thomas Wilhelmsson*, Standard Form Conditions, in: Towards a European Civil Code<sup>4</sup>, hrsg. von Arthur Hartkamp/Martijn Hesselink et al. (2011) 571, 575 („The German Act had a strong influence on the content of the EC Unfair Contract Terms Directive“). Auf europäischer Ebene wurden aber noch deutlich weitgehendere Eingriffe diskutiert, etwa zur Kontrolle von Individualvereinbarungen; vgl. *Kapnopolou*, Recht der mißbräuchlichen Klauseln (Fn. 84) 65 ff.

<sup>93</sup> In der Schweiz ist die AGB-Inhaltskontrolle in Art. 8 UWG normiert, der mit Wirkung zum 1.7.2012 neu gefasst wurde. Die Neufassung lehnt sich sprachlich stark an Art. 3 der Klauselrichtlinie an; vgl. *Alexander Brunner*, Entwicklung des schweizerischen Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, hrsg. von Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (2014) 13, 38; *Thomas Probst*, in: Jung/Spitz, Bundesgesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG)<sup>2</sup> (2016) Art. 8 UWG Rn. 11; zur Genese von Art. 8 UWG n.F. vgl. *Walker*, Konsumenten-AGB (Fn. 41) 99 ff.; Überblick über das neue Recht bei *Bernd Ehle/André Brunschweiler*, Schweizer AGB-Recht im Umbruch, RIW 2012, 262, 267 ff.; *Marius Jenny*, Inhaltskontrolle nach revidiertem Art. 8 UWG (2014) 10 ff.; *Esther Widmer*, Mißbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG (2015) 73 ff. Der Standort der Klauselkontrolle im UWG ist seit Längerem der Kritik ausgesetzt; vgl. nur *Peter Jung*, Die systematische Stellung

chergeschäfte beschränkt ist und zudem nur eine Mindestharmonisierung<sup>94</sup> vorschreibt, ist ihr Vereinheitlichungseffekt allerdings begrenzt. Die Inhaltskontrolle ist daher in Europa nach wie vor sehr unterschiedlich ausgeformt.<sup>95</sup> So haben diejenigen Staaten, die wie Deutschland oder Italien die Klauselkontrolle als ein Instrument zur Kontrolle vorformulierter Bedingungen begreifen, Individualvereinbarungen von der klauselrechtlichen Inhaltskontrolle ausgenommen. Andere Länder, wie etwa Schweden,<sup>96</sup> aber (bezogen auf Bestimmungen in Verbraucherverträgen) auch Frankreich,<sup>97</sup> erstrecken die Inhaltskontrolle durchaus auf Individualvereinbarungen. In den skandinavischen Staaten ist bisweilen auch die Kontrolle der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung auf der Grundlage der Klauselkontrolle nicht ausgeschlossen,<sup>98</sup> während in Deutschland der Preis lediglich auf der Basis der allgemeinen Vorschriften der Rechtsgeschäftslehre überprüft werden kann.

Große Unterschiede bestehen ferner bei der Anwendung der Regeln auf Verträge zwischen Unternehmern. Deutschland kontrolliert seit Langem

---

der offenen AGB-Inhaltskontrolle im UWG – Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme, in: AGB nach neuem Schweizer Recht (in dieser Fn.) 129 ff. Der von der Forschungsgruppe „Obligationenrecht 2020“ ausgearbeitete Entwurf für einen reformierten Allgemeinen Teil des Obligationenrechts (OR 2020) sieht daher eine Verankerung der Inhaltskontrolle im Obligationenrecht vor (Art. 33 OR 2020). Abrufbar ist der von schweizerischen Wissenschaftlern ausgearbeitete Entwurf unter: <<http://or2020.ch>>. Zur Ausgestaltung des AGB-Rechts im OR 2020 siehe *Karl Riesenhuber*, Der Vertragsschluss im Entwurf für ein OR 2020, in: OR 2020 – Die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht, hrsg. von Jan Dirk Harke / Karl Riesenhuber (2016) 61, 86 ff.

<sup>94</sup> Ein Vorstoß der Kommission, das europäische Klauselrecht im Wege der Vollharmonisierung zu vereinheitlichen (Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg. vom 8.10.2008), scheiterte letztendlich. Zu den Problemen, die mit der Vollharmonisierung der Klauselkontrolle einhergehen, siehe *Dagmar Coester-Waltjen*, Consumer Protection and General Business Terms, euvr 2014, 160, 168; *Nils Jansen*, Klauselkontrolle im europäischen Privatrecht: Ein Beitrag zur Revision des Verbraucheracquis, ZEuP 18 (2010) 69 ff.; *Eva-Maria Kieninger*, Die Vollharmonisierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – eine Utopie?, RabZ 73 (2009) 793 ff.

<sup>95</sup> Zur Umsetzung der Klauselrichtlinie in 25 Staaten siehe: EC Consumer Law Compendium, hrsg. von Hans Schulte-Nölke / Christian Twigg-Flesner / Martin Ebers (2008) 206 ff.; rechtsvergleichend zu den wichtigsten „Optionen des Gesetzgebers“ in Bezug auf die Inhaltskontrolle *Hein Kötz*, Europäisches Vertragsrecht<sup>2</sup> (2015) 200 ff.

<sup>96</sup> *Peter Rott / Evelyne Terryn*, The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules, ZEuP 17 (2009) 456, 483. Dies ist auch in den anderen nordischen Staaten der Fall; vgl. *Wilhelmsson*, Standard Form Conditions (Fn. 92) 583.

<sup>97</sup> *Hélène Davo*, Clauses abusives: loi du 1er février 1995 transposant la directive 93 / 13 / CEE en droit français, ERPL 5 (1997) 157, 162; *Gael Chantepie / Mathias Latina*, La réforme du droit des obligations (2016) Rn. 444.

<sup>98</sup> Vgl. *Jan Nicolas Ebersohl*, Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz in der schwedischen Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte (2003) 117 ff.; *Ranieri*, Obligationenrecht (Fn. 6) 376; vgl. allg. auch *Jansen*, ZEuP 18 (2010) 69, 71.

auch Bedingungen in B2B-Verträgen auf der Grundlage einer Generalklausel und bewahrt damit die Einheitlichkeit des Privatrechts.<sup>99</sup> In Frankreich wurde dieser Schritt erst mit dem neuen Obligationenrecht von 2016 gewagt.<sup>100</sup> Seither sieht Art. 1171 Code civil n. F. eine Generalklausel zur Inhaltskontrolle von Klauseln in einem Adhäsionsvertrag (*contrat d'adhésion*)<sup>101</sup> vor, die auch für den kaufmännischen Verkehr gilt.<sup>102</sup> Andere Staaten, wie die Schweiz und Italien, haben dagegen keine besondere Inhaltskontrolle im B2B-Bereich normiert, sodass neben speziellen Verboten lediglich die allgemeinen Kontrollmechanismen der Rechtsgeschäftslehre greifen, deren Eingriffsschwellen allerdings deutlich höher liegen als im AGB-Recht. Gegen die Ausweitung der Inhaltskontrolle auf Verträge im B2B-Bereich wird in der Schweiz vor allem der damit einhergehende Verlust an Rechtssicherheit geltend gemacht.<sup>103</sup> Großbritannien ist einen Mittelweg gegangen, da es B2B-Verträge zwar kontrolliert, aber auf der Basis sehr eng umrissener Katalogtatbestände.<sup>104</sup>

In denjenigen Staaten, die eine breite gerichtliche Inhaltskontrolle eingeführt haben, hält sich der Gesetzgeber in der Gesamtschau mit Eingriffen eher zurück und verschiebt die Grenzen nur vorsichtig. So werden etwa die Klauselkataloge eher zurückhaltend ergänzt und erweitert, zumeist als Annex zu Reformen in anderen Rechtsgebieten. Aufgrund der Generalklauseltechnik müssen die nationalen Gesetzgeber auch nicht fortlaufend eingreifen, um in der Praxis neu aufkommende Klauseln zu unterbinden, sondern können die Kontrolle der Rechtsprechung überlassen, ohne größere Schutzlücken zu riskieren. Damit ist freilich nicht gesagt, dass das Recht der AGB eine statische Rechtsmaterie ist. Das Gegenteil ist der Fall. Nicht nur ändert der Gesetzgeber häufig das zwingende Recht, sodass Kautelarjuristen ihre Verträge laufend überprüfen und an die neuen Schranken anpassen müssen (siehe II.3.), auch kann der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle – etwa durch die europäische Rechtsvereinheitlichung – eingeschränkt werden,

<sup>99</sup> Dazu *Erich Brandner / Peter Ulmer*, EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, BB 1991, 701, 702.

<sup>100</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O. Nr. 35 vom 11.2.2016, texte n° 26. Zum neuen Recht siehe *Hans Jürgen Sonnenberger*, Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016-131 vom 10.2.2016 (Erster Teil), ZEuP 25 (2017) 6 ff.; *Ulrike Babusiaux / Claude Witz*, Das neue französische Vertragsrecht – Zur Reform des Code civil, JZ 2017, 496 ff.

<sup>101</sup> Krit. zu diesem Konzept, das als Gegenstück zur Individualvereinbarung verstanden werden soll, *Babusiaux / Witz*, JZ 2017, 496, 499.

<sup>102</sup> Ferner kann eine Klausel nach Art. L 442-6 Code de commerce aus kartellrechtlichen Gründen unwirksam sein. Für Verbraucherverträge greift daneben auch die Generalklausel in Art. L 212-1 Code de la consommation.

<sup>103</sup> *Pascal Grolimund*, AGB in Unternehmerverträgen, in: AGB nach neuem Schweizer Recht (Fn. 93) 227, 229 ff.

<sup>104</sup> *Wolf / Lindacher / Pfeiffer / Pfeiffer* (Fn. 11) Einl. Rn. 64.

wodurch neue Spielräume für die Praxis entstehen.<sup>105</sup> Schließlich können Änderungen des dispositiven Rechts, wie sie etwa im Rahmen der Schuldrechtsreform durchgeführt wurden, eine Neubewertung von Klauseln notwendig machen,<sup>106</sup> da die Inhaltskontrolle in Deutschland am gesetzlichen Leitbild ausgerichtet ist.<sup>107</sup>

(3) *Sicherung „ausgewogener Vertragsmuster“*. – Weiterhin hat der Gesetzgeber diverse Mechanismen etabliert, um missbräuchliche Klauseln gar nicht in den Verkehr gelangen zu lassen. Diese Instrumente sind zu vielfältig, um sie hier im Einzelnen darstellen zu können. Neben der präventiven Kontrolle bestimmter Klauselwerke durch eine verwaltungsrechtliche Aufsichtsbehörde (die die richterliche AGB-Kontrolle allerdings nicht ausschließt), etwa im Versicherungs- und Finanzmarktrecht,<sup>108</sup> haben sich Modelle etabliert, bei denen Verbände mit kontradiktorischen Interessen unter Beteiligung der öffentlichen Hand für eine Branche AGB aufstellen.

Dieser Ansatz reflektiert den Gedanken, dass solche Werke stimmige und ausgewogene Regeln enthalten, wie sie auch der Gesetzgeber formulieren würde. Ein Beispiel aus der Schweiz soll dies verdeutlichen. Dort gibt es im Wohnraummietrecht die Möglichkeit, mietrechtliche Rahmenverträge, die von bestimmten Verbänden der Wohnraumwirtschaft erarbeitet wurden, durch einen staatlichen Genehmigungsakt für allgemeinverbindlich zu erklären.<sup>109</sup> Dieser Rahmenvertrag gilt dann zwingend für alle Mietverhältnisse.<sup>110</sup> Ein anderer Ansatz ist die Herausnahme bestimmter Vertragswerke aus der Inhaltskontrolle, wie sie etwa § 310 Abs. 3 BGB für die VOB/B vorsieht, sofern dieses Bedingungsmerkmal in seiner aktuellen Fassung „als Ganzes“ in den Vertrag einbezogen wurde.<sup>111</sup>

<sup>105</sup> Zu den Änderungen, die etwa mit der Vollharmonisierung des Zahlungsdienstrechts einhergingen, siehe *Matteo Fornasier*, Die Inhaltskontrolle von Entgeltklauseln im Lichte des europäischen Zahlungsdienstrechts, WM 2013, 205 ff.

<sup>106</sup> Zu den Folgen der Schuldrechtsmodernisierung für die AGB-Kontrolle siehe *Andreas Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Fn. 11) § 307 Rn. 233 ff.; *Thomas Pfeiffer*, Neues Schuldrecht – neues Leitbild im AGB-Recht, in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, hrsg. von Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmidt (2003) 225 ff.

<sup>107</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs* (Fn. 106) § 307 Rn. 229; *Stoffels*, AGB (Fn. 8) Rn. 471; *Erman/Roloff* (Fn. 4) § 307 Rn. 24 ff. Zum schweizerischen Recht auch *Jörg Schmid*, AGB und die Rolle des dispositiven Rechts, in: AGB nach neuem Schweizer Recht (Fn. 93) 211, 209 ff.

<sup>108</sup> *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer* (Fn. 11) § 307 Rn. 66. Zu historischen Beispielen siehe *Hellwege*, AGB (Fn. 1) 165 ff.

<sup>109</sup> Rechtsgrundlage hierfür ist das Bundesgesetz über Rahmenmietverträge und deren Allgemeinverbindlicherklärung vom 23.6.1995, AS 1996, 750 (nachfolgend: Rahmenmiet-VG).

<sup>110</sup> Art. 5 Abs. 1 RahmenmietVG.

<sup>111</sup> Zu den Hintergründen MüKo BGB/*Wurmnest* (Fn. 84) § 307 Rn. 151 f.

## b) Akzeptanz der Regelsetzung durch private Akteure

Die Beschneidung der Vertragsfreiheit ist freilich nicht die einzige Reaktion des Gesetzgebers auf den Einsatz von AGB. Die Legislative hat nämlich stets zu prüfen, ob eine solche Einschränkung überhaupt notwendig ist. Ist dies nicht der Fall, so sind die Ergebnisse der Regelbildung über den Markt hinzunehmen. Das klassische Beispiel hierfür ist die Weigerung des englischen Parlaments im Jahre 1797, die strikte Haftung der Reeder unter Geltung des *common law* durch einen milderen Maßstab zu ersetzen. Eine solche Regelung wurde als überflüssig eingestuft, da die Reeder die Einschränkung ihrer Haftung ebenso gut durch vertragliche Vereinbarungen erreichen konnten.<sup>112</sup>

Neben der Frage, ob neue Regelungen zur Einschränkung bestimmter Klauseln zu erlassen sind, hat sich der Gesetzgeber in regelmäßigen Abständen die Frage zu stellen, ob zwingendes Recht aufzuweichen oder sogar dispositives Recht zu streichen ist. Dieser Schritt ist möglich, wenn Akteure am Markt weder besonderen Schutz noch ein gesetzliches Leitbild brauchen. Es muss nicht besonders betont werden, dass diese Bedingungen vornehmlich den Unternehmerverkehr betreffen und auch dort selten anzutreffen sind. Ein Beispiel für die Aufgabe dispositiven Rechts lässt sich aus dem Versicherungsrecht anführen. Mit dem Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts wurde der im HGB niedergelegte dispositive Abschnitt über die Seeversicherung mit Wirkung zum 1. Januar 2008 ersatzlos gestrichen, da die Versicherungswirtschaft eigene Bedingungen entwickelt hatte.<sup>113</sup> Zudem wurde der Ausschluss der Seeversicherung aus dem VVG beibehalten,<sup>114</sup> weil in diesem speziellen Marktsegment Kaufleute als Versicherungsnehmer keinen besonderen Schutz bedürfen<sup>115</sup> und die AGB der Versicherungswirtschaft nicht am Leitbild des VVG gemessen werden sollten.<sup>116</sup> Die in der

<sup>112</sup> Jürgen Basedow, *Der Transportvertrag* (1987) 76 unter Verweis auf *Eric G. M. Fletcher, The Carrier's Liability* (1932) 178.

<sup>113</sup> Art. 4 des Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 23.11.2007, BGBl. 2007 I 2631, 2688; vgl. dazu *Marian Paschke*, in: *Oetker, Handelsgesetzbuch – Kommentar* (2017) Vorbem. zu §§ 476 ff. Rn. 33.

<sup>114</sup> Vgl. § 209 VVG.

<sup>115</sup> *Thomas M. Remé*, *Das Seeversicherungsrecht bleibt Kaufmannsrecht*, *VersR* 2008, 756f.: „Solche Bevormundung [wie sie im Binnenversicherungsrecht notwendig ist] benötigt der Kaufmann als V[ersicherungsnehmer] einer Seeversicherung nicht. Er kennt sein Gut oder Schiff und die Gefahren, denen es ausgesetzt wird, und mit der Unterstützung des von ihm ausgewählten Maklers kann er sich den maßgeschneiderten Versicherungsschutz schaffen, bestehend aus allgemeinen Bedingungen und, darauf aufbauend, Klauseln, die seine Besonderheiten decken. [...] [Die Bedingungen werden bei Bedarf] angepasst, um flexibel reagieren und so beiderseits im Geschäft bleiben zu können, ohne auf den schwerfälligen Gang der Gesetzgebung warten zu müssen“.

<sup>116</sup> Vgl. Begründung des RegE zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, BT-Drucks. 16/3945 vom 20.12.2006, S. 115; *Dirk Looschelders*, in: *Münchener Kommentar zum VVG*<sup>2</sup> (2017) § 209 VVG Rn. 1.

Seeverversicherung ausgehandelten Klauseln unterliegen freilich – bei Anwendung des deutschen Rechts – nach wie vor der Inhaltskontrolle auf der Grundlage von § 307 BGB, doch sind aus den letzten Jahren keine Urteile aus diesem Gebiet ersichtlich.

### c) Kodifizierung neuer Vertragstypen

Eine dritte Wechselwirkung zwischen Kautelarjurisprudenz und Legislative ist, dass der Gesetzgeber die in der Kautelarpraxis ausgearbeiteten Vertragstypen kodifiziert, um die Rechtssicherheit zu stärken und die Grenzen abweichender privatautonomer Vereinbarungen festzulegen. Der Druck, neue Vertragsformen zu regulieren, ist natürlich stärker, wenn es keine Generalklauseln gibt, auf deren Grundlage man die neuen Kautelen kontrollieren kann. Als Beispiel hierfür mag der Franchisevertrag dienen. In Italien, das keine allgemeine AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr kennt, wurde ein Franchisegesetz verabschiedet,<sup>117</sup> wohingegen in Deutschland eine Regelung zumindest bislang für entbehrlich gehalten wird, sicherlich auch, weil die Rechtsprechung missbräuchliche Klauseln in Franchiseverträgen auf der Grundlage des AGB-Rechts kontrollieren kann.<sup>118</sup>

Bei der Aufnahme neuer Vertragstypen in die großen Kodifikationen stellt sich natürlich auch immer die Frage, inwieweit dieser Schritt mit der Ordnungsfunktion dieser Regelwerke vereinbar ist. Ihre Ergänzung ist sinnvoll, wenn der Vertragstyp eine gewisse Verbreitung in der Praxis erfahren hat, die bisher kodifizierten Regeln keine hinreichende Orientierung bieten und gewisse Schutzinteressen zu berücksichtigen sind. Vor diesem Hintergrund hat der BGB-Gesetzgeber neben den unionsrechtlich vorgegebenen Regelungen des Verbraucherschutzrechts etwa Ende der 1970er-Jahre den Reisevertrag kodifiziert,<sup>119</sup> um einen Rechtsrahmen für Veranstalterreisen zu schaffen, der vorher maßgeblich auf der Grundlage des Klauselrechts abgesteckt wurde. Das Zahlungsdienstrecht, das zuvor ebenfalls weitgehend Formularrecht war, wurde im Rahmen der Umsetzung europäischer

---

<sup>117</sup> Legge n. 129/2004, Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale, Gazz.Uff. Nr. 120 vom 24.5.2004.

<sup>118</sup> Näher zur Kontrolle von Klauseln in Franchiseverträgen *Harry Schmidt*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen* (Fn. 11) Teil 2 (19) Franchiseverträge Rn. 1 ff.; *Markus Stoffels*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (Fn. 11) Klauseln (F) Rn. 75 ff.; monografisch *Jens Ekkenga*, Die Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen (1990) 28 ff.

<sup>119</sup> Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Reisevertragsgesetz) vom 4.5.1979, BGBl. 1979 I 509.

Richtlinien<sup>120</sup> erheblich ausdifferenziert.<sup>121</sup> Hinzuweisen ist ferner auf die Kodifizierung des privaten Baurechts durch die Werkvertragsrechtsreform von 2017,<sup>122</sup> dessen Vertragsmodelle zuvor ebenfalls stark durch AGB geregelt wurden. Die Verstärkung der gesetzlichen Regelungsdichte führt allerdings nicht zwangsläufig zu einer signifikanten Ausdünnung der verwendeten Geschäftsbedingungen. So verwenden die Banken in Deutschland nach wie vor umfassende Formularwerke, in denen mittlerweile allerdings viele Klauseln lediglich deklaratorischer Natur sind.<sup>123</sup>

#### d) Fazit

Der Gesetzgeber reagiert in sehr differenzierter Weise auf die Herausforderungen, die mit dem Einsatz von Geschäftsbedingungen einhergehen. Neben der Akzeptanz der Regelsetzung durch private Akteure hat er bereits neue Vertragsformen kodifiziert und vereinzelt sogar dispositives Recht ersatzlos gestrichen. In vielen Rechtsgebieten ist allerdings über die Jahre die Vertragsfreiheit durch zwingendes Recht und klauselrechtliche Kontrollmechanismen deutlich eingeschränkt worden. Heute sind die vom deutschen Gesetzgeber aufgestellten klauselrechtlichen Schranken relativ stabil. Sie werden nur punktuell nachjustiert.

Bei Erlass des Klauselrechts konnte der Gesetzgeber in großem Umfang auf Regeln zurückgreifen, die zuvor durch die Rechtsprechung entwickelt wurden. Auf die Rolle der Gerichte soll nunmehr eingegangen werden.

---

<sup>120</sup> Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG, ABl. 2007 L 319/1; Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, ABl. 2015 L 337/35..

<sup>121</sup> Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29.7.2009, BGBl. 2009 I 2355; Gesetz zur Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften der Zahlungsdiensterichtlinie (Zahlungsdienstumsetzungsgesetz) vom 25.6.2009, BGBl. 2009 I 1506.

<sup>122</sup> Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren vom 28.4.2017, BGBl. I 2017 969.

<sup>123</sup> *Richard Nouvertné*, Risikoverlagerung auf Verbraucher in Banken-AGB, BKR 2014, 496, 497.

## 2. Rechtsprechung

In Bezug auf die Rechtsprechung sind zwei zeitliche Etappen zu unterscheiden: die Zeit vor Erlass besonderer Klauselgesetze und die Zeit danach. In der ersten Etappe dachten die Gerichte notwendige Kontrollmechanismen vor, seit Erlass der Klauselgesetze konkretisieren sie die erlassenen Regelungen.

### a) Rückblende: Vordenken von Kontrollmechanismen

Mit der massenhaften Verbreitung von AGB im 19. Jahrhundert mehrten sich klauselrechtliche Streitigkeiten, die von den Gerichten zu entscheiden waren. So wurde etwa darum gestritten, unter welchen Umständen Bedingungen gelten, die nicht auf dem Vertrag selbst abgedruckt waren, sondern durch Aushänge oder andere Formen der Veröffentlichung bekannt gemacht wurden. In der Folge entwickelten Gerichte in ganz Europa Regeln zur Einbeziehungskontrolle und auch zur Auslegung von Klauseln, die später dann zum Teil gesondert kodifiziert und dabei punktuell fortentwickelt wurden.<sup>124</sup> Dabei machten die Gerichte allgemeine Regeln zum Schutz des Klauselgegners fruchtbar. So kam etwa die in ganz Europa verbreitete *contra proferentem*-Regel<sup>125</sup> besonders in Zusammenhang mit der Verbreitung von Standardverträgen zur Anwendung.<sup>126</sup>

Dagegen gingen die Wege bei der Entwicklung einer offenen Inhaltskontrolle<sup>127</sup> stark auseinander. Der Schritt hin zu einer solchen Kontrolle wurde zuerst von deutschen Gerichten gewagt. Aufgestoßen wurde die Tür vom Reichsgericht<sup>128</sup> im Jahre 1888, als über eine Haftungsbeschränkungsklausel

<sup>124</sup> Näher dazu *Hellwege*, AGB (Fn. 1) 21 ff.; vgl. auch *Joachim Schmidt-Salzer*, Allgemeine Geschäftsbedingungen<sup>2</sup> (1977) 59 ff. (jeweils zum deutschen Recht); zur Rechtsprechung in Italien unter Geltung des Codice civile von 1865 siehe die Nachweise bei *Ranieri*, Obligationenrecht (Fn. 6) 333 mit Fn. 8.

<sup>125</sup> Zu den historischen Wurzeln dieser Auslegungsregel siehe *Stefan Vogenauer*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II/2 (2007) §§ 305–310 (III) Rn. 13 ff.

<sup>126</sup> Näher dazu *Kevin Kosche*, *Contra proferentem* und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law (2011) 68 ff. (zur Entwicklung der *contra proferentem*-Regel als Schutzinstrument gegenüber Formularverträgen im deutschen, englischen, französischen, italienischen, spanischen und US-amerikanischen Recht).

<sup>127</sup> Von offener Inhaltskontrolle wird in Abgrenzung zur verdeckten Inhaltskontrolle gesprochen, wenn sich Gerichte nicht formell auf Einbeziehungs- oder Auslegungsregeln stützen, um eine als unbillig empfundene Klausel nicht anwenden zu müssen, sondern den Inhalt der Klausel „offen“ kontrollieren. Zum Einsatz der *contra proferentem*-Regel als Mittel der verdeckten Inhaltskontrolle im deutschen Recht siehe *HKK-BGB/Vogenauer* (Fn. 125) §§ 305–310 (III) Rn. 32; vgl. zu Frankreich von *Hippel*, *RabelsZ* 41 (1977) 237, 259.

<sup>128</sup> Erste Ansätze rheinischer Gerichte in den 1840er- und 1850er-Jahren, die bestimmten Haftungsbeschränkungen in Frachtverträgen u. a. deshalb die Anerkennung versagten, weil sie mit der öffentlichen Ordnung, den guten Sitten oder der Natur dieser Verträge nicht in

in einem Binnenschiffahrtsfall zu entscheiden war.<sup>129</sup> Das Gericht stellte klar, dass Klauseln dem Verdikt der Sittenwidrigkeit unterfielen, „wenn dem Publikum die Möglichkeit der anderweitigen Wahrung seiner Interessen nicht oder nur unter verhältnismäßig schweren Bedingungen geboten wird, bzw. infolge besonderer Umstände (z.B. Bildung eines sog. Rings nach amerikanischem Vorgange<sup>[130]</sup>) die Absender gezwungen werden, sich dem Verlangen der Frachtführer zu fügen“.<sup>131</sup> Da im konkreten Fall der Vertragspartner aber die Wahl zwischen verschiedenen Frachtführern bzw. Vertragsgestaltungen hatte, wurde die Klausel für wirksam befunden. Im Jahre 1906 erklärte das Reichsgericht dann unter Verweis auf diese Entscheidung eine Haftungsbeschränkung der Verwaltung des heutigen Nord-Ostsee-Kanals gegenüber den Nutzern dieser Wasserstraße für sittenwidrig, da der Kanalbetreiber gegenüber seinen Kunden über einen hohen Grad an Marktmacht verfügte.<sup>132</sup>

Die Koppelung der Inhaltskontrolle an eine Monopolstellung des Verwenders zur Begründung der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB – an der das Reichsgericht auch in Folgeentscheidungen festhielt<sup>133</sup> – war allerdings wenig überzeugend, da missbräuchliche Klauseln auch auf Wettbewerbsmärkten wirkungsvoll eingesetzt werden können, wie man heute weiß.<sup>134</sup> Später schwenkte der Bundesgerichtshof daher auf das in § 242 BGB verankerte Gebot von Treu und Glauben als Richtschnur für die AGB-Kontrolle um.<sup>135</sup>

---

Einklang standen, konnten sich zunächst nicht auf breiter Basis durchsetzen. Näher dazu *Hellwege*, AGB (Fn. 1) 148 f. (mit Nachw. der Urteile).

<sup>129</sup> RG 11.2.1888 – I ZR 380/87, RGZ 20, 115.

<sup>130</sup> Damit bezieht sich das Reichsgericht auf die Bildung von Kartellen bzw. Trusts.

<sup>131</sup> RG 11.2.1888 – I ZR 380/87, RGZ 20, 115, 117.

<sup>132</sup> RG 8.1.1906 – I ZR 320/05, RGZ 62, 264, 266.

<sup>133</sup> Nachweise bei *HKK-BGB/Hofer* (Fn. 1) §§ 305–310 (I) Rn. 11.

<sup>134</sup> Dass missbräuchliche Klauseln nicht auf breiter Basis durch den Wettbewerb ausgeschlossen werden können, liegt daran, dass sie im Regelfall komplexe Fragen regeln, die der Kunde nicht unmittelbar erfasst bzw. bewertet, sodass Klauseln (von wenigen Ausnahmen einmal abgesehen) keinen echten Parameter des Wettbewerbs darstellen; vgl. nur *MüKo BGB/Basedow* (Fn. 4) Vor § 305 Rn. 6; *Fornasier*, Freier Markt (Fn. 35) 162; *Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs* (Fn. 106) Vor § 307 Rn. 34; *Kötz*, Gutachten 50. DJT (Fn. 14) A 25, A 34 f.; *Walter Löwe*, Verstärkter Schutz des Kunden vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Wettbewerb?, BB 1972, 185 ff.; *Hartmut Oetker*, AGB-Kontrolle im Zivil- und Arbeitsrecht, AcP 212 (2012) 202, 218; a. A. *Wolfgang Grunsky*, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Wettbewerbswirtschaft, BB 1971, 1113 ff.

<sup>135</sup> Grundlegend BGH 29.10.1956 – II ZR 79/55, BGHZ 22, 90, 97 ff.; vgl. auch BGH 29.9.1960 – II ZR 25/59, BGHZ 33, 216, 218 ff.; BGH 17.2.1964 – II ZR 98/62, BGHZ 41, 151, 153 ff. Anfangs wurde bisweilen auch auf den Schutzgedanken des § 315 BGB rekurriert; vgl. etwa BGH 29.10.1962 – II ZR 31/61, BGHZ 38, 183, 185. Die Ausformung des Klauselkontrollrechts auf der Grundlage von § 242 BGB zählt sicherlich zu den bedeutendsten Entwicklungen in Bezug auf die Anwendung dieser Generalklausel; siehe *Simon Whittaker/Reinhard Zimmermann*, Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape, in: *Good Faith in European Contract Law*, hrsg. von dens. (2000) 1, 27 f.

Auf dieser Grundlage entwickelte der Bundesgerichtshof dann tastend eine Verbotsdogmatik, die sich am Leitbild des Gesetzgebers orientierte.<sup>136</sup> Bei der Verabschiedung des AGBG floss der Grundsatz von Treu und Glauben schließlich in die Generalklausel ein. Viele Verbote, die sich heute in §§ 308, 309 BGB finden, basieren auf kassierenden Gerichtsurteilen, die zum Teil sogar Klauseln des unternehmerischen Verkehrs betrafen.<sup>137</sup>

Die Gerichte in anderen europäischen Staaten waren hingegen weitaus zurückhaltender, auf der Grundlage der allgemeinen Regeln eine offene Inhaltskontrolle zu entwickeln. In Frankreich fühlten sie sich sehr stark dem Grundsatz verpflichtet, dass „rechtmäßig geschlossene Vereinbarungen zwischen den Parteien gleich einem Gesetz gelten“ (Art. 1134 Code civil a. F.).<sup>138</sup> Eine offene richterliche Inhaltskontrolle wurde daher als unzulässiger Eingriff in den bindenden Charakter der von den Parteien getroffenen Einigung angesehen.<sup>139</sup> Eine dem deutschen Recht vergleichbare richterliche Klauselkontrolle auf der Grundlage allgemeiner Regeln bildete sich somit nicht heraus. Gleiches lässt sich für Italien sagen, was sich dort auch mit Blick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz erklären lässt. Da der Gesetzgeber bei der Erarbeitung des Codice civile von 1942 auf die Einführung einer offenen Inhaltskontrolle verzichtet hatte, konnten die Gerichte diesen Willen nur schwerlich durch Entwicklung einer Kontrolle unter Rückgriff auf allgemeine Generalklauseln missachten. Vor diesem Hintergrund fasste Ludwig Raiser die Lage in Europa in seinem Generalbericht anlässlich einer Konferenz der Gesellschaft für Rechtsvergleichung zum Klauselrecht im Jahre 1967 wie folgt zusammen:

„Der Zugang [...] [zu] einer Überprüfung des Vertragsinhalts durch den Richter ist allerdings durch so hohe Barrieren liberaler Denktradition versperrt, daß sich bis heute die große Mehrzahl der europäischen Rechte und der in ihnen wirkenden Juristen nicht entschließen kann, die Barriere zu durchstoßen.“<sup>140</sup>

In Frankreich und Italien wurden die Grundlagen der offenen richterlichen Inhaltskontrolle erst durch den Gesetzgeber eingeführt. In Italien geschah dies sogar erst im Zuge der Umsetzung der Klauselrichtlinie durch ein Gesetz von 1996, welches Art. 1469-bis–1469-sexies im Codice civile veran-

<sup>136</sup> Auf das dispositive Recht als Richtschnur stellt bereits ab: BGH 17.2.1964 – II ZR 98/62, BGHZ 41, 151, 154f.

<sup>137</sup> Niebling, ZVertriebsR 2012, 79, 80.

<sup>138</sup> „Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.“ Heute ist dieser Grundsatz in Art. 1103 Code civil n. F. (Fassung nach der Schuldrechtsmodernisierung) niedergelegt.

<sup>139</sup> Karl-Heinz Neumayer, Frankreich, in: Richterliche Kontrolle von AGB (Fn. 77) 20, 29 m. w. N.

<sup>140</sup> Ludwig Raiser, Die richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Richterliche Kontrolle von AGB (Fn. 77) 123, 133.

kerte.<sup>141</sup> In Frankreich setzte der Gesetzgeber mit der sogenannten *Loi Scrivener* von 1978<sup>142</sup> zunächst auf eine verwaltungsrechtliche Kontrolle, nach der die Exekutive auf Vorschlag einer eigens eingerichteten Kommission per Dekret bestimmte Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Nichtgewerbetreibenden bzw. Verbrauchern untersagen konnte. Es wurden jedoch kaum Dekrete erlassen, sodass der Kontrolleffekt gering war.<sup>143</sup> Allerdings judizierte die *Cour de cassation* im Jahre 1991 unter Rückgriff auf den Rechtsgedanken der in Art. 35 der *Loi Scrivener* enthaltenen Generalklausel (ohne diese Norm freilich im Urteil zu erwähnen), dass Zivilgerichte missbräuchliche Klauseln unmittelbar für nichtig erklären können, und legte damit die Basis für die offene Inhaltskontrolle im französischen Recht.<sup>144</sup> Die klauselrechtlichen Vorschriften der *Loi Scrivener* wurden 1993 in den *Code de la consommation* überführt,<sup>145</sup> der im Zuge der Umsetzung der Klauselrichtlinie leicht adaptiert wurde.<sup>146</sup> Die späte Einführung der Inhaltskontrolle in Frankreich und Italien zeigt im Nachhinein, welche Pionierleistung die deutsche Rechtsprechung bei der Entwicklung dieses Kontrollinstruments erbracht hat.

<sup>141</sup> Art. 25 Legge n. 52/1996, Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – legge comunitaria 1994, Gazz.Uff. Nr. 34 vom 10.2.1996 (Supplemento ordinario). Zur Umsetzung *Guido Alpa*, The Implementation of the EC Directive on Unfair Contract Terms in Italy, *ERPL* 5 (1997) 181 ff.; *Hans-W. Micklitz / Francesca Brunetta d'Usseaux*, Die Umsetzung der Richtlinie 93 / 13 in das italienische Recht, *ZEuP* 6 (1998) 104 ff. Im Jahre 2005 wurde das Klauselkontrollrecht der Verbraucherträge mit kleineren Änderungen (insb. wurde die Rechtsfolge missbräuchlicher Klauseln klarer gefasst) in Art. 33–38 *Codice del consumo* überführt; vgl. dazu *Giovanni De Cristofaro*, Il „Codice del consumo“, *NLCC* 2006, 747, 779; siehe auch *Riccardo Omodei-Salè*, Der neue italienische *Codice del consumo*: Echte Kodifikation oder reine Kompilation?, *ZEuP* 15 (2007) 785, 790. Allg. zu dieser Kodifikation *Martin Gebauer*, Das neue italienische Verbrauchergesetzbuch (*codice del consumo*) – Kodifikation oder Kompilation?, *Jb.Ital. Recht* 20 (2007) 3 ff.

<sup>142</sup> *Loi n° 78-23 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services*, *J.O.* Nr. 9 vom 11.1.1978, S. 301.

<sup>143</sup> Näher dazu *Fleur Denkinger*, Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre rechtliche Bewältigung – Quo vadis, Europa? (2004) 54f.

<sup>144</sup> *Cass.civ. 1°* 14.5.1991, n°89-20999, *Bull.civ.* 1991 I, n° 153; dazu *Claude Witz / Gerhard Wolter*, Mißbräuchliche Vertragsklauseln auf dem Prüfstand der französischen Gerichte, *ZEuP* 1 (1993) 360 ff.

<sup>145</sup> *Loi n° 93-949 relative au code de la consommation (partie législative)*, *J.O.* Nr. 171 vom 27.7.1993, S. 10538; näher dazu *Claude Witz / Gerhard Wolter*, Das neue französische Verbrauchergesetzbuch, *ZEuP* 3 (1995) 35, 43.

<sup>146</sup> *Loi n° 95-96 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial (I)*, *J.O.* Nr. 28 vom 2.2.1995, S. 1755. Zur Umsetzung siehe *Davo*, *ERPL* 5 (1997) 157 ff. Heute finden sich die Klauselvorschriften in Art. L212-1–212-3 *Code de la consommation*.

## b) Gegenwart: Konkretisierung der besonderen Kontrollmechanismen

Heute prägt die Konkretisierung der Kontrollmechanismen das Verhältnis von Kautelarjurisprudenz und Rechtsprechung. Dieses Verhältnis ist vielschichtig, was an vier herausgegriffenen Aspekten demonstriert werden soll:

(1) Zum einen kommt der Rechtsprechung eine wichtige Rolle bei der Ausgestaltung der von der Kautelarpraxis neu entwickelten Vertragsformen (vgl. oben II.2.) zu. Dieser Prozess vollzieht sich durch das Setzen von Schranken der Vertragsfreiheit durch Auslegung der Generalklauseln des AGB-Rechts. In Bezug auf die von der Kautelarpraxis entwickelten Verträge ist die Aufgabe der obergerichtlichen Rechtsprechung, wie es Manfred Wolf einmal auf den Punkt gebracht hat, daher weniger die Entscheidung von streitigen Einzelfällen. Vielmehr komme der Rechtsprechung eine wichtige „Rechtssetzungsfunktion“ zu, „bei der der BGH dem Wirtschaftsverkehr konkrete Vorgaben für die einzuhaltenden rechtlichen Standards gibt“.<sup>147</sup>

(2) Das Herausschälen der Standards ist für bestimmte Klauseln allerdings oftmals ein langwieriger Prozess, der mit gewissen Unsicherheiten verbunden ist. Klauselrecht ist eben weitgehend Richterrecht. Häufig bedarf es zahlreicher Entscheidungen, bis Klarheit darüber herrscht, welche Klauselgestaltung zulässig und welche unzulässig ist, weil es natürlich in aller Regel auf den genauen Wortlaut der Klausel ankommt. Bei jeder Abänderung der Rechtsprechung beginnt dieser Prozess von Neuem. Exemplarisch sollen hier nur Klauseln in Mietverträgen erwähnt werden, mit denen die Ausführung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter übergewälzt werden soll. Solche Klauseln gibt es schon sehr lange, sie mussten in den letzten Jahren aber mehrfach umgeschrieben werden. So hat der Bundesgerichtshof 2004 in Abkehr von der älteren Judikatur der Obergerichte klargestellt, dass „starre Renovierungsfristen“, die bestimmte Dekorationsmaßnahmen innerhalb bestimmter Zeiträume zwingend anordnen, unwirksam seien, weil sie den Mieter unter Umständen mit Schönheitsreparaturen belasteten, die über den tatsächlich anfallenden Bedarf hinausgingen.<sup>148</sup> Seither müssen die Klauseln deutlich zum Ausdruck bringen, dass die Renovierung nur dann zu erfolgen hat, wenn es der Zustand der Wohnung erfordert. Konnte darüber hinaus die Dekorationspflicht nach alter Rechtsprechung auch wirksam auf den Mieter abgewälzt werden, wenn dieser eine renovierungsbedürftige Wohnung übernommen hatte,<sup>149</sup> so ist dies seit 2015 nur noch möglich,

<sup>147</sup> *Manfred Wolf*, Vertragsfreiheit und Vertragsrecht im Lichte der AGB-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I (2000) 111, 114.

<sup>148</sup> BGH 23.6.2004 – VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586, 2587. Zuvor waren „starre Fristen“ gebilligt worden; vgl. OLG Köln 13.7.1962 – 4 U 36/62, ZMR 1963, 140.

<sup>149</sup> BGH 1.7.1987 – VIII ARZ 9/86, BGHZ 101, 253, 264ff.; BGH 6.7.1988 – VIII ARZ 1/88, NJW 1988, 2790, 2793f.; BGH 28.4.2004 – VIII ZR 230/03, NJW 2004, 2087, 2088.

wenn der Mieter hierfür einen angemessenen Ausgleich erhält.<sup>150</sup> Diese Rechtsprechung hat natürlich eine Reihe von Folgefragen aufgeworfen, die ebenfalls gerichtlich zu klären waren bzw. künftig zu klären sind. Dies zwingt die Kautelarpraxis dazu, ihre Formularverträge gegebenenfalls mehrfach zu überarbeiten. Zudem wird das Ziel der AGB, Rechtssicherheit zu schaffen (vgl. oben II.1.), ein Stück weit konterkariert. Rechtssicherheit tritt vielmehr erst ein, wenn eine Klausel höchstrichterlich als wirksam eingestuft wird. Da die Entscheidungen der Gerichte auch nicht immer vorhersehbar sind, vereinbaren Anwälte für die Prüfung von Klauselverträgen oftmals eine Haftungsbeschränkung.

(3) Zudem haben die Gerichte Nuancierungen in die Klauselkontrolle eingeführt. So hat die Rechtsprechung für die Kontrolle von bestimmten Formularwerken, die durch Verbände eines Wirtschaftssektors mit kontradiktorischen Interessen erarbeitet wurden, eine abgeschwächte Kontrolle entwickelt. Eine solche Form der Privilegierung wurde für die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp) anerkannt, ein Klauselwerk, das von den betroffenen Kreisen der Transportwirtschaft ausgearbeitet wird. Zwar ist es nicht von der AGB-Kontrolle freigestellt, allerdings überprüft der Bundesgerichtshof seine Bedingungen an einem etwas abgeschwächten Maßstab, da einzelne Klauseln „nicht isoliert am Gerechtigkeitsgehalt einer einzelnen Norm des dispositiven Rechts“ zu messen sind, sondern stets der „gesamte, dem Haftungs- und Versicherungssystem der ADSp zugrundeliegende wirtschaftliche Sachverhalt“ zu berücksichtigen ist.<sup>151</sup>

(4) Schließlich darf nicht unerwähnt bleiben, dass die Rechtsprechung im Bereich der Inhaltskontrolle im Unternehmerverkehr in den letzten Jahren über das Ziel hinausgeschossen ist. Wurde die Entwicklung der offenen Inhaltskontrolle noch als „Ruhmesblatt der deutschen Rechtsprechung“ gefeiert,<sup>152</sup> so wird die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Klauseln im Unternehmerverkehr in Deutschland heute im Vergleich mit ausländischem Recht von vielen Stimmen als zu streng<sup>153</sup> und – vor dem Hintergrund des

<sup>150</sup> BGH 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, NJW 2015, 1594 Rn. 15 ff.

<sup>151</sup> BGH 3.11.1994 – I ZR 100/92, NJW 1995, 1490, 1491. Im Jahre 2015 zogen sich allerdings wichtige Verbände von der Erarbeitung der ADSp zurück und arbeiteten eigene Bedingungswerke aus, sodass die ADSp-Privilegierung fraglich wurde; vgl. *Maurer*, RabelsZ 81 (2017) 117, 153 f. Die ADSp von 2017 wurden dann aber wieder gemeinsam von den Verbänden erarbeitet und zur Verwendung empfohlen.

<sup>152</sup> *Ludwig Raiser*, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1, 7: „Es ist ein Ruhmesblatt der deutschen Rechtsprechung, daß sie schon seit Jahrzehnten an diesem Punkt die klassische Neutralität gegenüber einem vereinbarten Vertragsinhalt aufgegeben und den direkten Eingriff in solche Verträge gewagt hat, indem sie unter Berufung auf § 138 BGB grob unbilligen Klauseln die Anerkennung versagt“.

<sup>153</sup> Die Diskussion entzündet sich etwa an der Unwirksamkeit der sog. Bring-or-pay-Klausel in Verträgen über die Anlieferung und Entsorgung von Abfallmengen durch Müllverbrennungsanlagen; vgl. BGH 22.11.2012 – VII ZR 222/12, NJW 2013, 856 ff.; BGH 22.10.2015 – VII ZR 58/14, NZBau 2016, 213; näher dazu *Lars Leuschner*, Die Kontrollstren-

Wettbewerbs der Rechtsordnungen – als Nachteil für den Rechtsstandort Deutschland bzw. für deutsche Unternehmen empfunden.<sup>154</sup> Hier sollte der Bundesgerichtshof zu den Wurzeln seiner Judikatur zurückkehren und „mehr Vertragsfreiheit wagen“. Solange dies nicht passiert und auch der Gesetzgeber nicht eingreift,<sup>155</sup> reagiert die Kautelarjurisprudenz – soweit dies möglich ist – mit Rechtswahlvereinbarungen zugunsten von Jurisdiktionen mit weniger einschneidenden Kontrollrechten,<sup>156</sup> namentlich dem Recht der Schweiz,<sup>157</sup> und / oder mit Schiedsklauseln,<sup>158</sup> um weitestgehend auszu-

---

ge des AGB-Rechts, NJW 2016, 1222, 1223; *Georg Maier-Reimer*, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr – Der BGH überdreht die Schraube, NJW 2017, 1, 4f. Auch wird der Rechtsprechung vorgeworfen, Haftungsausschlüsse zu kritisch zu beurteilen. Rechtsvergleichend dazu *Lars Leuschner*, Grenzen der Vertragsfreiheit im Rechtsvergleich: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Grenzen der Vertragsfreiheit am Beispiel haftungsbeschränkender Vertragsklauseln im deutschen, französischen, englischen, österreichischen und schweizerischen Recht, ZEuP 25 (2017) 335 ff.; vgl. ferner *Andreas Kollmann*, AGB: Nicht nur theoretische Probleme (in) der Praxis, NJOZ 2011, 625 f.

<sup>154</sup> Vgl. etwa *Klaus-Peter Berger*, Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr, NJW 2010, 465, 470; *Barbara Dauner-Lieb / Constantin Axer*, Quo vadis AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, ZIP 2010, 309; *Menderes Günes / Tobias Ackermann*, Die Indizwirkung der §§ 308 und 309 BGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr, ZGS 2010, 400, 406; *Jörg Kondring*, Flucht vor dem deutschen AGB-Recht bei Inlandsverträgen, RIW 2010, 184f.; *Maier-Reimer*, NJW 2017, 1; *Werner Müller / Alexander Schilling*, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr – eine rechtsvergleichende Betrachtung, BB 2012, 2319, 2324; *Lars Leuschner*, Noch einmal: Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, ZIP 2015, 1326, 1332; *Thomas Pfeiffer*, Aushandlung und Verhandlung von Vertragsklauseln im Unternehmensverkehr: Die Korrekturbedürftigkeit des deutschen AGB-Begriffs, ZGS 2014, 401; ein deutlich positiveres Bild zeichnen dagegen *Raphael Koch*, Das AGB-Recht im unternehmerischen Verkehr: Zu viel des Guten oder Bewegung in die richtige Richtung?, BB 2010, 1810 ff.; *Friedrich Graf von Westphalen*, Wider einen Reformbedarf beim AGB-Recht im Unternehmerverkehr, NJW 2009, 2977 ff.; *ders.*, Wider die angebliche Unattraktivität des AGB-Rechts, BB 2010, 195 ff.; *ders.*, AGB-Kontrolle – kein Standortnachteil, BB 2013, 1357 ff.

<sup>155</sup> Eingriffe des Gesetzgebers befürwortet nicht nur der Deutsche Juristentag (Beschlüsse des 69. DJT 2012, Abt. Zivilrecht, Punkt IV.), sondern auch eine Studie, die im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz erstellt wurde und die verschiedene Handlungsmöglichkeiten auflistet; vgl. *Lars Leuschner* (unter Mitarbeit von *Frederik Meyer*), AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen – Abschlussbericht vom 30. September 2014, abrufbar unter <[http://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2015/02092015\\_AGB\\_Recht.html](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2015/02092015_AGB_Recht.html)>, S. 289 ff.

<sup>156</sup> Vgl. nur *Karlheinz Lenkai* / *Stephan Löwisch*, Zur Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr: Ein Plädoyer für eine dogmatische Korrektur, ZIP 2009, 441, 442f.; *Werner Müller / Carsten Griebeler / Julia Pfeil*, Für eine maßvolle AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2009, 2658, 2659.

<sup>157</sup> Vgl. *Thomas Pfeiffer*, Flucht ins schweizerische Recht? – Zu den AGB-rechtlichen Folgen der Wahl schweizerischen Rechts, in: FS Friedrich Graf von Westphalen (2010) 555; *Daniela Trendelberend*, Die Vorteile des schweizerischen Rechts für AGB-Verwender im internationalen B2B-Verkehr (2011) 33 ff.; vgl. auch den Aufruf von *Sebastian Brachert / Andreas Dietzel*, Deutsche AGB-Rechtsprechung und Flucht ins Schweizer Recht, ZGS 2005, 441.

<sup>158</sup> Zu Schiedsklauseln als Mittel zum Schutz vor der Anwendung des AGB-Rechts *Tho-*

schließen, dass deutsche Gerichte über die Vertragsbestimmungen nach deutschem Recht zu urteilen haben.<sup>159</sup>

### c) Fazit

Die Rolle der Rechtsprechung hat sich im Laufe der Zeit gewandelt. Agierten die Gerichte zu Beginn als Vordenker neuer Regeln, sind diese mittlerweile zu einem Großteil kodifiziert. Der Rechtsprechung fällt heute die Rolle zu, die vom Gesetzgeber erlassenen allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre sowie die Generalklauseln des AGB-Rechts zu konkretisieren. Da die Kautelarpraxis mit immer neuen Klauseln und Klauselvariationen aufwartet und der Gesetzgeber das allgemeine Zivilrecht laufend anpasst und ergänzt, ist dieser Prozess eine Daueraufgabe.

## 3. Wissenschaft

Es bleibt zu klären, wie sich das Verhältnis der Wissenschaft zur Kautelarpraxis gestaltet. Ausgangspunkt der Analyse ist die Beobachtung, dass die Wissenschaft sich heute in erster Linie mit der ergangenen Rechtsprechung auseinandersetzt und weniger unmittelbar mit einzelnen Klauselwerken. Vor diesem Hintergrund erscheinen mir in Bezug auf die Rolle der Wissenschaft drei Punkte von Bedeutung: die Grundlagenarbeit, die Leistungen bei der Systematisierung des Rechts sowie die Aufgabe, Reformen vorzubereiten.

### a) Klärung von Grundfragen

Die Befassung mit den Grundfragen des Klauselrechts ist sicherlich der bedeutendste Beitrag der Wissenschaft zur Ausformung dieses Rechtsgebiets, der sich in Reaktion auf die Praktiken der Kautelarjurisprudenz entwickelt hat. Drei Beispiele mögen dies verdeutlichen:

Hervorzuheben sind etwa die Arbeiten Ludwig Raisers. Er hat nicht nur wichtige Anstöße für die Ausformung der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle gegeben, sondern es ist ihm auch gelungen, die auf zersplitterte handelsrechtliche Spezialmaterien verteilte Diskussion zu bündeln und auf allgemeine dogmatische Grundsätze des Zivilrechts zurückzuführen.<sup>160</sup>

---

*mas Pfeiffer*, Die Abwahl des deutschen AGB-Rechts in Inlandsfällen bei Vereinbarung eines Schiedsverfahrens, NJW 2012, 1169 ff.; *Kondring*, RIW 2010, 184, 186 ff.

<sup>159</sup> *Thomas Pfeiffer*, Entwicklungen und aktuelle Fragestellungen des AGB-Rechts, NJW 2017, 913, 917.

<sup>160</sup> So die Würdigung der Arbeiten *Raisers* von *Hellwege*, AGB (Fn. 1) 11.

Ferner ist die Erkenntnis, dass AGB ihren Geltungsgrund in der Vertragstheorie haben und nicht darin, dass solchen Regelwerken normativer Charakter zukommt (Stichwort: Normentheorie), über die Jahre maßgeblich von der Wissenschaft herausgearbeitet und gegen aufkommende Kritik verteidigt worden.<sup>161</sup>

Aktuell wird ferner intensiv über die Schutzzwecke des Rechts der AGB und die damit verbundenen Konsequenzen für die Inhaltskontrolle gerungen. Diese Debatte entwickelte sich zunächst auf nationaler Ebene<sup>162</sup> und weitet sich langsam zu einem stärker europäischen Diskurs aus.<sup>163</sup>

## b) Systematisierung

Weiterhin leistet die Wissenschaft einen Beitrag zur Systematisierung der Rechtsprechung, dies allerdings oftmals Hand in Hand mit Kommentatoren aus der Richterschaft und der Kautelarjurisprudenz. In vielen Staaten gibt es Werke, die das Fallrecht für Spezialgebiete oder sogar umfassend aufarbeiten. Aufgrund der Fülle des Rechtsprechungsmaterials, das in größeren Staaten anfällt, bieten solche Kompendien sowohl der Rechtsprechung als auch der Kautelarpraxis Orientierung im weiten Klauselmeer. Von der Flut der Entscheidungen wird die Wissenschaft heute freilich etwas überrollt. So gibt es heute keinen deutschen Großkommentar mehr, in dem das Klauselrecht aus einer „professoralen Hand“ kommentiert würde. AGB-Recht ist daher sicherlich kein „Professorenrecht“.

## c) Diagnose von Korrekturbedarf

Über die Aufarbeitung des Fallmaterials zeigt die Wissenschaft auch Korrekturbedarf auf. Dass der EuGH mittlerweile seine Zurückhaltung, an der Etablierung gemeinschaftsrechtlicher Standards für die Klauselinhaltskontrolle mitzuwirken, die die Entscheidung *Freiburger Kommunalbauten*<sup>164</sup> und

<sup>161</sup> Eingehend dazu aus historischer Sicht *Hellwege*, AGB (Fn. 1) 22 ff., 203 ff., 339 ff.; vgl. auch *Staudinger / Schlosser* (Fn. 70) § 305 Rn. 101; *Ulmer / Brandner / Hensen / Ulmer / Habersack* (Fn. 11) Einl. BGB Rn. 39; *Joachim Schmidt-Salzer*, AGB (Fn. 124) 54 ff.; zum Streit auch *Gregor Bachmann*, *Private Ordnung* (2006) 119 ff.; für einen normentheoretischen Ansatz *Ulrich Meyer-Cording*, *Die Rechtsnormen* (1971) 84 ff., 92 ff.; vgl. auch *Hans-Joachim Pflug*, *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (1986) passim. Zur Paralleldebatte in Italien siehe nur *Hellwege*, AGB (Fn. 1) 341 f. m. w. N.

<sup>162</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 35.

<sup>163</sup> Vgl. den Überblick bei *Jansen*, ZEuP 18 (2010) 69, 83 ff.

<sup>164</sup> Im Fall *Freiburger Kommunalbauten* hat der EuGH ausgeführt, dass er lediglich abstrakte Kriterien dazu vorgeben könne, unter welchen Bedingungen eine Klausel als missbräuchlich anzusehen sei, und die konkrete Beurteilung der Missbräuchlichkeit an die nationalen Gerichte delegiert. Für die streitgegenständliche Klausel, die in einem Bauträgervertrag eine vom Baufortschritt unabhängige Vorleistungspflicht des Erwerbers statuierte, sofern dessen Ansprüche durch eine Bankbürgschaft abgesichert werden, gab der EuGH dann allerdings noch

die unmittelbare Folgerechtsprechung<sup>165</sup> prägte, erheblich abgeschwächt hat,<sup>166</sup> dürfte sicherlich auch auf die deutlichen Mahnungen aus der Wissenschaft zurückzuführen sein.<sup>167</sup> Diese Kritik fand nämlich teilweise Eingang in die Schlussanträge von Generalanwältin Verica Trstenjak in der Rechtsache *Pénzügyi Lízing* und wurde damit den Richtern deutlich vor Augen geführt.<sup>168</sup> Lassen sich diagnostizierte Fehlentwicklungen nicht durch einen Wandel der Rechtsprechung erreichen, versucht die Wissenschaft auch, Gesetzesreformen anzustoßen. Derzeit wird in Deutschland etwa intensiv diskutiert, ob und gegebenenfalls wie die Kontrolle von Standardverträgen im unternehmerischen Geschäftsverkehr zurückgestutzt werden kann.<sup>169</sup> Die Vorschläge der Reformbefürworter reichen von einer Stärkung des Konzepts der Individualvereinbarung durch Einschränkung des AGB-Begriffs (Stichwort: Aushandeln)<sup>170</sup> über die Revitalisierung des Differenzierungsge-

---

nicht einmal abstrakte Hinweise zur Auslegung von Art. 3 Abs. 1 KlauselRL; vgl. EuGH 1.4.2004 – Rs. C-237 / 02 (*Freiburger Kommunalbauten ./. Hofstetter*), Slg. 2004, I-3403, Rn. 19 ff.

<sup>165</sup> EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168 / 05 (*Mostaza Claro ./. Centro Móvil Milenium*), ECLI:EU:C:2006:675, Rn. 22 f.; EuGH 4.6.2009 – Rs. C-243 / 08 (*Pannon ./. Györfi*), ECLI:EU:C:2009:350, Rn. 36 ff.

<sup>166</sup> Zwar hält der EuGH nach wie vor daran fest, dass er nicht über die Missbräuchlichkeit einer Klausel urteilen könne, er ist aber dazu übergegangen, abstrakte Kriterien aufzustellen, anhand derer nationale Gerichte die Missbräuchlichkeit einer Klausel beurteilen können; eingehend dazu *Christian Stempel*, *Treu und Glauben im Unionsprivatrecht* (2016) 124 ff.; vgl. auch *Matteo Fornasier*, *Der Europäische Gerichtshof und die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln: ein Kurswechsel?*, ZEuP 22 (2014) 410, 429 ff.

<sup>167</sup> Sehr pointiert *Jürgen Basedow*, *Der Europäische Gerichtshof und die Klauselrichtlinie 93 / 13: Der verweigerte Dialog*, in: FS Günter Hirsch (2008) 51 ff.; vgl. auch *Martijn Hesselink*, *Case: ECJ – Freiburger Kommunalbauten v Hofstetter*, ERCL 2006, 366, 370 („from the perspective of harmonisation of the contract laws in Europe the ECJ’s decision is, of course, disastrous“); aber auch Befürworter der vom Gerichtshof vertretenen Aufgabenteilung mahnen an, dass der EuGH „schrittweise [...] Kriterien“ formulieren müsse, um „Konkurenzen einer gemeinschaftseinheitlichen Missbrauchskontrolle zu erarbeiten“; vgl. *Anne Röthel*, *Missbräuchlichkeitskontrolle nach der Klauselrichtlinie: Aufgabenteilung im supranationalen Konkretisierungsdialo*, ZEuP 13 (2005) 418, 427.

<sup>168</sup> Vgl. *GA Trstenjak*, *Schlussanträge vom 6.7.2010 zu EuGH – C-137 / 08 (VB Pénzügyi Lízing Zrt. ./. Ferenc Schneider)*, ECLI:EU:C:2010:401, Rn. 91 ff., insb. 99: „Die Konkretisierung des Missbrauchstatbestands in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene ist im Ergebnis als ein fortdauernder Vorgang zu verstehen, den letzten Endes der Gerichtshof zu steuern hat. Dessen Aufgabe muss es sein, schrittweise die abstrakten Kriterien der Missbräuchlichkeitskontrolle zu präzisieren und mit wachsender Erfahrung Konturen einer gemeinschaftlichen Missbrauchskontrolle zu erarbeiten“ (unter Verweis auf *Röthel*, ZEuP 13 (2005) 418, 427).

<sup>169</sup> Überblick bei *Oetker*, AcP 212 (2012) 202, 229 ff.

<sup>170</sup> Mit unterschiedlichen Nuancen MüKo BGB / *Basedow* (Fn. 4) § 305 Rn. 34 ff. sowie § 310 Rn. 16 (insb. zur Erleichterung der Annahme von Individualvereinbarungen bei Paketlösungen); *Dauner-Lieb / Axer*, ZIP 2010, 309, 312; *Tim Drygala*, *Die Reformdebatte zum AGB-Recht im Lichte des Vorschlags für einheitliches europäisches Kaufrecht*, JZ 2012, 983, 985 f.; *Eva-Maria Kieninger*, *AGB-Kontrolle von grenzüberschreitenden Geschäften im unternehmerischen Verkehr*, in: FS Uwe Blaurock (2013) 177, 187; *Koch*, BB 2010, 1810, 1815; vgl.

bots (§ 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB)<sup>171</sup> bis hin zur gesetzgeberischen Ermöglichung summenmäßiger Haftungsbeschränkungen<sup>172</sup> oder – in Anlehnung an einen Gedanken der Law Commission<sup>173</sup> – zur Einführung einer Vertragswertgrenze, ab deren Überschreitung die AGB-Kontrolle nicht mehr greifen soll.<sup>174</sup> Einige dieser Vorschläge zur Rückführung der Kontrollstrenge des AGB-Rechts können durch die Rechtsprechung umgesetzt werden, für andere bedarf es des Eingreifens des Gesetzgebers.

#### d) Fazit

Klauselrecht ist kein „Professorenrecht“. Dieses Rechtsgebiet wird stark von der vertragsgestaltenden Zunft und den Gerichten geprägt. Die Wissenschaft setzt sich heute in erster Linie über die Analyse von Urteilen mit den von der Kautelarpraxis erarbeiteten Vertragswerken auseinander. Ihr fällt dabei die Aufgabe zu, das AGB-Recht auf eine solide dogmatische Grundlage zu stellen, das Fallrecht zu systematisieren sowie Missstände zu diagnostizieren und Vorschläge zu unterbreiten, wie Fehlentwicklungen im Klauselrecht korrigiert werden können.

### IV. Schluss

Der Elan und die Schaffenskraft der Kautelarjurisprudenz haben uns nicht nur eine Fülle neuer Vertragstypen beschert, sondern ein ganzes Klauselrecht, das über die Jahre immer feiner austariert wurde. Bei diesem Prozess

---

auch *Lorenz Kähler*, Aushandeln von AGB-Klauseln aufgrund begründeten Verhandlungsverzichts, BB 2015, 450 ff., der einen „sicheren Hafen“ für einen Verhandlungsverzicht entwickelt, durch den eine Klausel als im Einzelnen ausgehandelt gilt.

<sup>171</sup> *Dauner-Lieb / Axer*, ZIP 2010, 309, 314; *Koch*, BB 2010, 1810, 1814.

<sup>172</sup> *Lars Leuschner*, Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr, ZIP 2015, 1045 ff.

<sup>173</sup> The Law Commission / The Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, Report No. 292 / No. 199 (2005) Rn. 5.55 ff. (Vertragswertgrenze von 500.000 GBP).

<sup>174</sup> *Felix Becker*, Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus teleologischer Sicht, JZ 2010, 1098, 1106 (Vertragswertgrenze von 500.000 EUR); *Drygala*, JZ 2012, 983, 988 (Vertragswertgrenze von 100.000 EUR); *Lars Leuschner*, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr – Zu den Grundlagen einer Reformdebatte, JZ 2010, 875, 884; *ders.*, ZIP 2015, 1045, 1047 ff. (Vertragswertgrenze von 1 Mio. EUR); *Thomas Pfeiffer*, ZGS 2014, 401 (Vertragswertgrenze von 3 Mio. EUR als Richtwert); vgl. auch *Leyens / Schäfer*, AcP 210 (2010) 771, 803, die allerdings darauf verweisen, dass eine Grenze von 550.000 EUR tendenziell zu niedrig wäre. Gegen eine solche Grenze MüKo BGB / *Basedow* (Fn. 4) § 310 Rn. 17; *Horst Eidenmüller / Nils Jansen / Eva-Maria Kieninger / Gerhard Wagner / Reinhard Zimmermann*, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, JZ 2012, 269, 280 mit Fn. 130; *Jansen*, ZEuP 18 (2010) 69, 92; *Friedrich Graf von Westphalen*, Schwellenwert und Neuregelung einer vertraglichen Haftungsbeschränkung – ist das der „Königsweg“ einer Reform des AGB-Rechts?, ZIP 2015, 1316, 1317 ff.

war die durch AGB „privat geschaffene Ordnung dem staatlichen Recht stets voraus“.<sup>175</sup> Gesetzgeber und Gerichte haben in Reaktion auf die Aktivitäten der Praxis und mit Blick auf die Schutzbedürftigkeit bestimmter Verkehrskreise allerdings die Schranken der Vertragsfreiheit kontinuierlich nachjustiert. Im Zusammenwirken von Kautelarpraxis und den tradierten Gestaltern des Rechts ist hierdurch eine im Kern sachgerechte Ordnung gewachsen,<sup>176</sup> bei der lediglich punktuell Verbesserungs- und Fortentwicklungsbedarf entsteht. Die Grenzen der Schranken, die mittlerweile maßgeblich von der Rechtsprechung bestimmt werden, werden von der Praxis permanent aufs Neue getestet. Daran wird sich auch in Zukunft nichts ändern, da Unternehmen ihre AGB immer weiter ausbauen und verfeinern.

## Summary

### CONTRACTUAL PRACTICE AND STANDARD CONTRACT TERMS

The article examines how standard contract terms as used in contractual practice have influenced the development of the law. It is structured in two parts. The first part summarises the function of general contract terms in today's world and highlights the role of contract lawyers for the advancement of private and commercial law. The second part analyses in comparative perspective the interplay between contractual practice and the traditional forces shaping the law (legislators, courts and professors). It is demonstrated that, on the one hand, the legislature embraced some of the standards established by contractual practice, as for example newly developed types of contracts were later codified. On the other hand, the legislature had to react to eliminate unfair contract terms. It therefore first enacted isolated mandatory rules before establishing a set of general rules for identifying and prohibiting unfair contract terms. Within Europe, there are still significant differences as to the scope of these general rules, mainly with regard to the mechanism for the control of unfair terms in contracts between businesses. Once a full-fledged general set of rules is enacted by the legislature, the legal framework remains rather stable, as it is based to a large part on general clauses. These clauses must be applied and interpreted by the courts. Shaping the law of unfair contract terms by interpreting general clauses is the main task of judges today. Historically, however, it fell to the judges to advance the law of unfair contract terms as a reaction to standard clauses developed by contract lawyers. Many rules today enshrined in statutory form were developed by private law adjudication. Finally, the relation-

---

<sup>175</sup> *Bachmann*, Private Ordnung (Fn. 161) 265.

<sup>176</sup> *Bachmann*, Private Ordnung (Fn. 161) 265.

ship of contractual practice and the academic world is discussed. Scholars mainly focus on the case law addressing unfair contractual terms. They advance the law by shaping the (European) foundations of unfair contract terms law, by systemising the case law and by diagnosing reforms to be effected by the courts or by the legislature.