

AGB-Richtlinie und AGB-Gesetz

Von Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Nachdem der Rat der Europäischen Gemeinschaften – insbesondere unter Berücksichtigung von Art. 100a EWG-Vertrag – auf Vorschlag der EG-Kommission¹, in Zusammenarbeit mit dem Europäischen Parlament² und nach Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses³ die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (AGB-Richtlinie) verabschiedet hat⁴, ist es verlockend, der Frage im einzelnen nachzugehen, welche Unterschiede zwischen den Bestimmungen der AGB-Richtlinie einerseits und dem AGB-Gesetz andererseits bestehen. Denn nach Art. 10 AGB-Richtlinie sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen, um bis spätestens am 31. Dezember 1994 die AGB-Richtlinie in geltendes nationales Recht umgesetzt zu haben. Ist dies geschehen, gilt die – umgesetzte – AGB-Richtlinie für Verträge, die nach dem 31. Dezember 1994 abgeschlossen worden sind.

I. Der persönliche Anwendungsbereich

1. Nach Art. 2 AGB-Richtlinie

a) Der Gewerbetreibende gemäß Art. 2 lit. c AGB-Richtlinie

Der Zweck der AGB-Richtlinie besteht gemäß Art. 1 Abs. 1 AGB-Richtlinie darin, eine Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über mißbräuchliche Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern herbeizuführen. Das Definitionsschema: Gewerbetreibender – Verbraucher ist nicht neu; es findet sich bereits in ähnlicher Weise in § 1 Abs. 1 VerbrKrG⁵.

Indessen enthält Art. 2 lit. c AGB-Richtlinie eine *Legaldefinition* für den „Gewerbetreibenden“. Darunter wird eine natürliche oder juristische Person verstanden, welche „im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit“ Verträge abschließt – gleichgültig, ob diese dem öffentlich-rechtlichen oder dem privat-rechtlichen Bereich zuzuordnen sind.

Um den Begriff „Gewerbetreibender“ in Art. 2 lit. c AGB-Richtlinie auszufüllen, ist ein Vertragsabschluß erforderlich, der entweder der „gewerblichen“ oder der „beruflichen Tätigkeit“ des Gewerbetreibenden zuzuordnen ist. Daraus folgt zunächst einmal eine negative Abgrenzung:

Art. 2 lit. c AGB-Richtlinie findet dann keine Anwendung, wenn der Vertrag der *Privatsphäre* des Gewerbetreibenden zuzurechnen ist. Um eine klare Trennlinie zwischen der privaten Sphäre des Gewerbetreibenden einerseits und seiner „gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit“ andererseits vorzunehmen, wird man notwendigerweise auf den sachlichen Zusammenhang zwischen der jeweiligen Tätigkeit und dem konkreten Vertragsabschluß abheben müssen. Hierbei wird man auch an die Vermutungsregel des § 344 HGB anknüpfen können. Dies bereitet jedenfalls dann keine Schwierigkeit, wenn eine „gewerbliche“ Tätigkeit eines Kaufmanns in Rede steht, weil dieses Tatbestandselement mit dem Begriff „Gewerbe“ gleichgesetzt werden kann, wie er in § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB verwendet wird. Gleichzeitig wird man auch eine Parallele zu § 1 Abs. 1 HGB – bezogen auf den Begriff „Gewerbe“ – ziehen dürfen. Dieser Terminus setzt nämlich eine auf eine gewisse Dauer angelegte Tätigkeit⁶ voraus. Erforderlich ist, daß sich die Absicht des Handelnden auf eine Vielzahl von Geschäften als Ganzes richtet⁷ und daß dieser Wille gegenüber Dritten hervortritt⁸. „Gewerbebetrieb“ im Sinn von § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist demgegenüber die berufsmäßige Tätigkeit in der Absicht dauernder Gewinnerzielung⁹.

Ähnlich wie im Rahmen von § 1 Abs. 1 VerbrKrG liegt daher eine „gewerbliche Tätigkeit“ im Sinn von Art. 2 lit. c AGB-Richtlinie immer dann vor, wenn der Gewerbetreibende gemäß § 1 Abs. 1 HGB in das Handelsregister als Kaufmann eingetragen ist. Gleiches gilt für den Sollkaufmann gemäß § 2 HGB sowie für die Betriebe der Land- und Forstwirtschaft gemäß § 3 Abs. 2 HGB. Auch der gemäß § 4 HGB nicht im Handelsregister eingetragene Min-

1 EWS 1992 S. 342 ff.

2 ABl. Nr. C 326 vom 16. 12. 1991 S. 108.

3 ABl. Nr. C 159 vom 17. 6. 1991 S. 34.

4 Richtlinie 93/13/EWG vom 5. 4. 1993, ABl. Nr. L 95 S. 29 ff. Vgl. unten EWS 1993, 78; vgl. weiter Hommelhoff/Wiedemann, ZIP 1993 S. 562 ff.; Frey, ZIP 1993 S. 572 ff.; zum Vorentwurf 1990 vgl. Brandner/Ulmer, BB 1991 S. 701 ff.

5 Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, Verbraucherkreditgesetz, 1992, § 1 Rdnrn. 26 ff.

6 Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 28. Aufl., § 1 Anm. 1 B m. w. N.

7 Gegen das Tatbestandselement der „Gewinnerzielung“ Baumbach/Duden/Hopt, a. a. O. (Fn. 6).

8 Vgl. Graf von Westphalen/Emmerich/Kessler, Verbraucherkreditgesetz, 1991, § 1 Rdnr. 16.

9 Hierzu auch Staudinger/Hopt/Mülbert, 12. Aufl. BGB, § 609 a Rdnrn. 18 ff.

der Kaufmann betreibt im Sinn von § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB eine „gewerbliche“ Tätigkeit, so daß damit das Anwendungsmuster von Art. 2 lit. c AGB-Richtlinie fixiert ist.

Alternativ wird der Begriff des Gewerbetreibenden gemäß Art. 2 lit. c AGB-Richtlinie auch mit der „beruflichen Tätigkeit“ des AGB-Verwenders gleichgesetzt. Im Gegensatz zu § 1 Abs. 1 VerbrKrG fällt hierbei auf, daß auf das Kriterium der Selbständigkeit verzichtet wird. Streng genommen ist daher auch die unselbständige Tätigkeit von Angestellten und Arbeitnehmern als „berufliche Tätigkeit“ im Sinn von Art. 2 lit. c AGB-Richtlinie einzuordnen, sofern sie nicht nur gelegentlich ausgeübt wird. Auch die Vertreter freier Berufe unterfallen dem Definitionsschema von Art. 2 lit. c AGB-Richtlinie: Ärzte, Architekten, Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer – sie alle üben im Sinn von Art. 2 lit. c AGB-Richtlinie eine „berufliche Tätigkeit“ aus.

b) Der Verbraucher gemäß Art. 2 lit. b AGB-Richtlinie

Der Widerpart zum Gewerbetreibenden ist der Verbraucher, für den Art. 2 lit. b AGB-Richtlinie eine *Legaldefinition* bereithält. Danach kommt es maßgebend darauf an, ob der jeweilige – unter die AGB-Richtlinie fallende – Vertrag „nicht“ der „gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit“ des Verbrauchers „zugerechnet werden kann“. Erfasst werden also *ausschließlich* gemäß Art. 2 lit. b AGB-Richtlinie die Verträge, die der *Privatsphäre* des Verbrauchers zuzuordnen sind. Sieht man Art. 2 lit. b und lit. c AGB-Richtlinie als *systematische Einheit*, so kommt alles darauf an, ob der jeweilige Vertrag in die „gewerbliche oder berufliche Tätigkeit“ beider Parteien fällt, damit Art. 2 AGB-Richtlinie keine Anwendung findet. Da nur der Verbraucher gegenüber mißbräuchlichen Klauseln im Sinn von Art. 3 AGB-Richtlinie geschützt wird, entscheidet es sich also in seiner Sphäre, ob die Bestimmungen der AGB-Richtlinie Anwendung finden oder außer Betracht bleiben.

Wegen des rigiden Definitionsmusters von Art. 2 lit. b und lit. c AGB-Richtlinie stellen sich aber in der Praxis wohl recht schwierige Abgrenzungsfragen, auf die hier nicht im Detail einzugehen ist.

c) AGB-Gesetz

Der Unterschied zwischen Art. 2 AGB-Richtlinie und § 1 AGB-Gesetz liegt auf der Hand: Ohne Rücksicht auf die rechtliche Qualifikation der Person des AGB-Verwenders knüpft § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz ausschließlich daran, daß Vertragsbestimmungen verwendet werden, welche für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind. Folglich ist auch diejenige Person als AGB-Verwender einzustufen, welche nicht die Voraussetzungen erfüllt, die Art. 2 lit. c AGB-Richtlinie an den „Gewerbetreibenden“ knüpft. So ist zum Beispiel der Vermieter allemal AGB-Verwender im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz, wenn er auf einen vorformulierten Mietvertrag zurückgreift. Ob er dies in seiner Eigenschaft als Privatmann oder als Gewerbetreibender tut, ist im Rahmen von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz unerheblich.

Auch § 24 AGB-Gesetz enthält keine Qualifikation, die derjenigen vergleichbar ist, die Art. 2 AGB-Richtlinie – „Gewerbetreibender“ – „Verbraucher“ – anbietet. Denn § 24 AGB-Gesetz führt lediglich zu einer tendenziellen

Differenzierung in der richterlichen Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln, je nachdem, ob sie gegenüber einem Kaufmann oder einem Nicht-Kaufmann verwendet werden, ohne daß dies freilich nennenswerte – praktisch verwertbare – Unterschiede begründet¹⁰.

Darüber hinaus erfaßt § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz auch solche AGB-Klauseln, welche zwischen Gewerbetreibenden im Sinn von Art. 2 lit. c AGB-Richtlinie verwendet werden. Diesen Komplex hat die AGB-Richtlinie überhaupt nicht im Visier.

§ 1 Abs. 1 AGB-Gesetz geht also wesentlich weiter als Art. 2 AGB-Richtlinie.

d) Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Es fragt sich daher, ob Art. 2 AGB-Richtlinie überhaupt in das deutsche Recht umgesetzt werden muß oder ob es nicht vielmehr ausreicht, es bei der umfassenden Definition von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz zu belassen. Dafür spricht vor allem, daß Art. 2 AGB-Richtlinie lediglich eine Teilregelung im Vergleich zur umfassenden Bestimmung von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz darstellt. AGB-Klauseln, welche zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher im Sinn von Art. 2 AGB-Richtlinie verwendet werden, unterfallen ja allemal dem Definitionsschema von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz. Es würde daher nur Verwirrung stiften, wenn – neben der umfassenden Weitergeltung von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz – Art. 2 AGB-Richtlinie in das deutsche Recht umgesetzt würde.

2. Die Definition der Individualabrede

a) Definitionsschema von Art. 3 Abs. 2 AGB-Richtlinie

Art. 3 Abs. 2 AGB-Richtlinie enthält eine – versteckte – Definition der Individualabrede, wie sie vergleichbar auch in § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz niedergelegt ist. Art. 3 Abs. 2 AGB-Richtlinie knüpft nämlich zum einen daran, daß die Vertragsklausel „im voraus abgefaßt“ sein muß und daß zum anderen der Verbraucher „keinen Einfluß auf ihren Inhalt nehmen konnte“. Geht man von diesen beiden Kriterien aus, so liegt die Schlußfolgerung auf der Hand: Vertragsklauseln, welche im Sinn von Art. 3 Abs. 2 AGB-Richtlinie „im voraus abgefaßt“ worden sind, sind notwendigerweise im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz „vorformuliert“. Unter dieser Voraussetzung ist es zwangsläufig, daß der Verbraucher gemäß Art. 3 Abs. 2 AGB-Richtlinie „keinen Einfluß“ auf die inhaltliche Ausgestaltung der AGB-Klauseln genommen hat.

b) Der Unterschied zu § 1 AGB-Gesetz

Im Gegensatz zu § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz verzichtet jedoch Art. 3 Abs. 2 AGB-Richtlinie auf das Erfordernis der „Vielzahl von Verträgen“. Nach dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 AGB-Richtlinie reicht es aus, daß die Vertragsklausel „im voraus abgefaßt wurde“, ohne daß es darauf ankommt, ob der AGB-Verwender diese Klausel auch für weitere Verträge verwendet hat¹¹ oder verwenden wollte¹². Be-

¹⁰ Hierzu *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz, 7. Aufl., § 24 Rdnrn. 19 ff.; *Brandner/Ulmer*, a. a. O. (Fn. 4), 701, 703.

¹¹ *Ulmer/Brandner/Hensen*, a. a. O. (Fn. 10), § 1 Rdnrn. 23 ff.; *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, AGB-Gesetz, § 1 Rdnr. 8.

¹² Auf die Absicht abhebend *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 13; ein planmäßiges Vorgehen verlangen *Ulmer/Brandner/Hensen*, a. a. O. (Fn. 10), § 1 Rdnr. 24.

reits der erste Anwendungsfall erfüllt deshalb die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 2 AGB-Richtlinie, die jeweilige Vertragsklausel als „im voraus abgefaßt“ zu qualifizieren.

Eine AGB-Klausel im Sinn von Art. 3 Abs. 1 AGB-Richtlinie liegt indessen nur dann vor, wenn sie „nicht gesondert ausgehandelt wurde“. Diese Voraussetzung ist gemäß Art. 3 Abs. 2 AGB-Richtlinie immer dann zu bejahen, wenn der Verbraucher nicht in der Lage war, auf die inhaltliche Ausgestaltung der jeweiligen Vertragsklausel „Einfluß“ zu nehmen. Damit stellt sich die Frage, inwieweit dieses Definitionsmuster von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz abweicht. Vordergründig betrachtet ist dies deswegen der Fall, weil Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 AGB-Richtlinie den Terminus „gesondert ausgehandelt“ verwendet, was auf eine Parallelität zu § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz hindeutet. Somit werden jedenfalls die Konstellationen als „Aushandeln“ erfaßt, in denen der Verbraucher von seiner „realen“ Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch gemacht hat, indem er die vom AGB-Verwender vorformulierten Klauseln inhaltlich abgeändert hat¹³.

Zu fragen bleibt freilich, ob Art. 3 Abs. 2 AGB-Richtlinie nicht *engere* Voraussetzungen an das „Aushandeln“ knüpft, als in § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz geschehen. Vieles spricht dafür, daß ein „Aushandeln“ im Sinn von Art. 3 Abs. 2 AGB-Richtlinie dann nicht vorliegt, wenn der AGB-Verwender in der Lage war, die „im voraus abgefaßten“ Vertragsklauseln *unverändert* in den jeweiligen Individualvertrag zu inkorporieren¹⁴. Dies deckt sich nicht mit der zu § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz vertretenen Auffassung, wonach auch bei einer unveränderten Übernahme der vorformulierten Klauseln ein „Aushandeln“ vorliegt, wenn der so determinierte Vertragsinhalt von beiden Seiten in ihren rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen aufgenommen wurde¹⁵. Auch die Tatsache, daß der AGB-Verwender lediglich verhandlungsbereit war, ohne daß es jedoch zu einer konkreten Abänderung des Vertrages kommt, wird man im Sinn von Art. 3 Abs. 2 AGB-Richtlinie nicht ausreichend sein lassen können, weil ja die AGB-Richtlinie – freilich: negativ formuliert – davon ausgeht, daß der Verbraucher tatsächlich in der Lage war, „Einfluß“ auf den Inhalt der Vertragsklauseln zu nehmen (vgl. „keinen Einfluß auf ihren Inhalt nehmen konnte“).

Unbedenklich in ihrer Parallelität zu § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz ist indessen die Bestimmung von Art. 3 Abs. 2 – zweiter Unterabsatz – AGB-Richtlinie: Soweit nämlich „bestimmte Elemente einer Vertragsklausel oder eine einzelne Klausel gesondert ausgehandelt“ worden sind, können gleichwohl im übrigen „im voraus abgefaßte“ Vertragsklauseln vorliegen – mit der Konsequenz, daß die AGB-Richtlinie auf die übrigen Bestimmungen des Vertrages Anwendung findet, „sofern es sich nach der Gesamtwertung dennoch um einen vorformulierten Standardvertrag“ handelt. Auch im Rahmen von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz ist es allgemein anerkannt, daß einzelne Klauseln „ausgehandelt“ sein können¹⁶. Es liegt eben dann nur insoweit eine Individualabrede vor; im übrigen handelt es sich um vorformulierte Klauseln im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz¹⁷. Es ist dann eine Frage des Einzelfalls, welche Klauseln in den Prozeß des Aushandelns miteinbezogen worden sind, weil das Aushandeln – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – eine Ausstrahlungswirkung entfaltet¹⁸, also auch solche vorformulierten Klauseln als „ausgehandelt“ qualifiziert, welche in einem sach-

lichen Zusammenhang mit der ausgehandelten Klausel stehen¹⁹.

Auch im Hinblick auf die in Art. 3 Abs. 2 – dritter Unterabsatz – geregelte *Beweislastverteilung* liegt eine Parallele zu § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz vor: Es ist Sache des Gewerbetreibenden, die Umstände im einzelnen darzulegen, aus denen abgeleitet wird, daß eine „Standardvertragsklausel“ „gesondert ausgehandelt“ worden ist. Dies deckt sich mit der Beweislastregelung, wie sie sich in § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz findet: Es ist Sache des AGB-Verwenders, den Nachweis einer Individualvereinbarung zu führen²⁰.

c) Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Da Art. 3 Abs. 2 AGB-Richtlinie – wie gezeigt – weiter reicht als § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz, ist es erforderlich, daß der Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz das Begriffselement „Vielzahl von Verträgen“ ersatzlos streicht. In der Sache läuft dies auf eine Legaldefinition der AGB im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz als schlechthin „vorformulierte Vertragsbedingungen“ hinaus. Darüber hinaus muß klargestellt werden, daß ein „Aushandeln“ im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz – jedenfalls im Verhältnis zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher – nur dann vorliegt, wenn der Verbraucher, tatsächlich „Einfluß“ auf die inhaltliche Gestaltung der vorformulierten Klausel nehmen konnte“. Dies trifft – wie gezeigt – insofern die Legaldefinition von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz, erfordert aber gleichwohl eine Klarstellung, damit nicht solche Fälle als „ausgehandelt“ qualifiziert werden, in denen eine Abänderung der AGB-Klauseln aufgrund der „realen“ Gestaltungsmöglichkeit des Verbrauchers tatsächlich nicht stattgefunden hat.

Ob man diese weitreichende Neu-Definition des „Aushandelns“ in § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz auch auf den kaufmännischen Verkehr übertragen soll, erscheint zweifelhaft. Gerade im kaufmännischen Bereich kann es durchaus sein, daß ein „Aushandeln“ auch dann vorliegt, wenn eine inhaltliche Einflußnahme im Sinn von Art. 3 Abs. 2 AGB-Richtlinie nicht stattgefunden hat, der Kunde aber von der Angemessenheit der Klausel überzeugt wurde. Demgegenüber ist freilich zu unterscheiden, daß es wenig Sinn macht, den zentralen Begriff des „Aushandelns“ danach zu differenzieren, ob der Kunde Kaufmann oder Verbraucher ist. Denn die Trennlinie zwischen AGB-Richtlinie/AGB-Gesetz einerseits und der Anwendung der Bestimmungen des BGB/HGB andererseits muß unter Berücksichtigung der einheitlichen Rechtsgeschäftslehre vorgenommen werden. Alle Fragen, ob und inwieweit ein intellektuelles oder wirtschaftliches Gleichgewicht zwischen den Parteien eines Vertrages besteht oder nicht vorliegt,

13 Neuestens BGH, WM 1992 S. 1995, 1996 m. w. N.

14 Offenlassend Frey, ZIP 1993 S. 572, 577.

15 Hierzu BGH, NJW 1992 S. 2283, 2285; ähnlich Palandt/Heinrichs, AGB-Gesetz, 52. Aufl., § 1 Rdnr. 18; a. M. Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O. (Fn. 10), § 1 Rdnr. 51; Erman/Hefermehl, AGB-Gesetz, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 24; Soergel/Stein, AGB-Gesetz, 12. Aufl., § 1 Rdnr. 25 f.

16 Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O. (Fn. 10), § 1 Rdnr. 55; Wolf/Horn/Lindacher, a. a. O. (Fn. 12), § 1 Rdnr. 37.

17 Vgl. BGH, WM 1992 S. 1195, 1996 – Besprechung von Verjährungsfristen – Einheitsarchitekten-Vertrag, Bejahung von § 11 Nr. 10 f. AGB-Gesetz.

18 Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O. (Fn. 10), § 1 Rdnr. 55, restriktiv; Wolf/Horn/Lindacher, a. a. O. (Fn. 12), § 1 Rdnr. 37.

19 Vgl. Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, a. a. O. (Fn. 11), § 1 Rdnr. 24.

20 BGH, NJW 1977 S. 624, 625.

müssen deswegen unbeachtet bleiben, weil diese Kriterien sich weitestgehend der Justitiabilität entziehen²¹. In der Sache scheint es daher sinnvoll, wenn § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz in der Weise verdeutlicht wird, daß ganz generell ein „Aushandeln“ nur dann anzunehmen ist, wenn der Vertragspartner auf die inhaltliche Gestaltung des Vertrages – gerade weil die AGB-Klausel vorformuliert war – tatsächlich und inhaltlich Einfluß genommen hat.

Die Übernahme von Art. 3 Abs. 2 AGB-Richtlinie ist im übrigen auch für den kaufmännischen Verkehr deswegen hinnehmbar, weil der BGH im Rahmen von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz einen „Regelsatz“ formuliert: Nur dann liegt eine Individualabrede vor, wenn die jeweilige Klausel tatsächlich abgeändert worden ist. Daß hier im Rahmen von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz – wie gezeigt – Ausnahmen vorkommen können, ist zwar immer wieder betont, im Ergebnis aber nie mit verlässlicher Eindeutigkeit judiziert worden.

II. Kontrollmaßstab

1. Der Tatbestand der Mißbräuchlichkeit einer Vertragsklausel

a) Art. 3 Abs. 1 AGB-Richtlinie

Art. 3 Abs. 1 AGB-Richtlinie formuliert, daß eine AGB-Klausel immer dann als „mißbräuchlich anzusehen“ ist, wenn sie entgegen den Geboten von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht. Damit ist der normative Rahmen der Inhaltskontrolle abgesteckt.

b) Parallele zu § 9 AGB-Gesetz

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß die Regelung von Art. 3 Abs. 1 AGB-Richtlinie mit den Wertungskriterien von § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz übereinstimmt: In beiden Fällen bestimmt sich die Unwirksamkeit danach, ob die jeweilige Vertragsklausel – entgegen den Geboten von Treu und Glauben – eine unangemessene Benachteiligung des Kunden bewirkt. Daß Art. 3 Abs. 1 AGB-Richtlinie nicht von der Unwirksamkeit, sondern von der Mißbräuchlichkeit einer Vertragsklausel spricht, ist in der Sache unerheblich²². Auch die in § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz reflektierte unangemessene Benachteiligung des Kunden wird in Art. 3 Abs. 1 AGB-Richtlinie aufgegriffen, weil die Vertragsklausel „zum Nachteil des Verbrauchers“ ausschlagen muß.

Dies gilt auch, soweit man § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz heranzieht. Was hier mit den „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ umschrieben wird, erscheint in Art. 3 Abs. 1 AGB-Richtlinie als „erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner“. In diesem Begriff spiegelt sich auch die in § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz geforderte erhebliche Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung einerseits und der jeweiligen AGB-Klausel andererseits wider. Da Art. 3 Abs. 1 AGB-Richtlinie kategorisch von „vertraglichen Rechten und Pflichten“ der Vertragsparteien spricht, wird auch der Wertungsmaßstab von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz erfaßt. Denn die sich aus der „Natur des Vertrages“ im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz ergebenden Rechte und Pflichten sind notwendigerweise stets „vertragliche

Rechte und Pflichten“; und die in § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz geforderte Gefährdung des zu erreichenden Vertragszwecks kann ohne weiteres unter das nach Art. 3 Abs. 1 AGB-Richtlinie vorausgesetzte „erhebliche und ungerechtfertigte Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten“ subsumiert werden. Soweit § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz allerdings von „wesentlichen“ Rechten und Pflichten spricht, mag man die Auffassung vertreten, daß Art. 3 Abs. 1 AGB-Richtlinie dieses Tatbestandsmerkmal nicht exakt widerspiegelt. Dies ist jedoch unerheblich, weil stets § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz als Auffangtatbestand zum Zuge kommt, sofern eine AGB-Klausel – entgegen der Wertung von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz – nicht „wesentliche“ Rechte oder Pflichten in unangemessener Weise beeinträchtigt²³. Die Wertung von Art. 3 Abs. 1 AGB-Richtlinie aber entspricht wiederum – wie bereits gezeigt – derjenigen, die Art. 3 Abs. 1 AGB-Gesetz aufstellt, in der ja die Mißbräuchlichkeit einer AGB-Klausel an den Geboten von Treu und Glauben gemessen wird.

c) Einschränkung gemäß Art. 4 AGB-Richtlinie

Während Art. 3 Abs. 1 AGB-Richtlinie den Anschein erweckt, als würde die richterliche Inhaltskontrolle von mißbräuchlichen Vertragsklauseln – ähnlich wie im deutschen Recht – nach einem generell-abstrakten Prüfungsmaßstab vorgenommen, weist Art. 4 Abs. 1 AGB-Richtlinie auf das Gegenteil: „Alle den Vertragsabschluß begleitenden Umstände“ sind – unter Berücksichtigung des jeweiligen Vertragstyps – als Prüfungsmaßstab heranzuziehen; aber auch „alle anderen Klauseln desselben Vertrags“ müssen hierbei im Auge behalten werden, einschließlich „eines anderen Vertrags, von dem die Klausel abhängt“. Damit wird – bezogen auf den „Zeitpunkt des Vertragsabschlusses“ – ein höchst individueller Prüfungsmaßstab im Rahmen einer umfassenden Betrachtungsweise gefordert. Nicht die typische Interessenlage der üblicherweise beteiligten Verkehrskreise ist maßgebend, sondern es sind die Umstände des Einzelfalls, die keine isolierte, richterliche Inhaltskontrolle rechtfertigen, sondern den Richter vor die fast unlösbare Aufgabe stellen, stets das gesamte Klauselwerk zu prüfen, bevor er zur Feststellung gelangt, daß eine Einzelklausel mißbräuchlich im Sinn von Art. 3 Abs. 1 AGB-Richtlinie ist.

Es ist mit Recht bemerkt worden²⁴, daß diese individualisierte Betrachtungsweise mit den Geboten der richterlichen Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln nicht in Einklang zu bringen ist. Das gilt auch unter Berücksichtigung von Art. 7 AGB-Richtlinie, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, „angemessene und wirksame Mittel“ bereitzustellen, „damit der Verwendung mißbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden“ „ein Ende gesetzt“ werden kann. Angesprochen wird damit das Instrumentarium der abstrakten Kontrollklage, wie es in den §§ 13 ff. AGB-Gesetz Wirklichkeit geworden ist. Wie allerdings ein solches abstraktes Kontrollverfahren mit dem Individualisierungsgebot gemäß Art. 4 Abs. 1 AGB-Richtlinie vereinbar ist, läßt sich nicht erkennen.

21 Frey, a. a. O. (Fn. 14), will in diesem Punkt die weitere Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH abwarten; im übrigen Graf von Westphalen, DB 1981 S. 61, 66 f.; hierzu auch Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O. (Fn. 10), § 1 Rdnr. 52.

22 Brandner/Ulmer, a. a. O. (Fn. 4), S. 706.

23 AGB-Klauselwerke/Graf von Westphalen, Freizeichnungsklauseln Rdnr. 53 f.

24 Brandner/Ulmer, a. a. O. (Fn. 4), S. 707.

Für den deutschen Gesetzgeber kann daraus nur der Schluß abgeleitet werden, den Art. 8 EG-Richtlinie bereithält: Das in §§ 5, 9 AGB-Gesetz niedergelegte Prinzip der generell-abstrakten Kontrolle von AGB-Klauseln stellt im Sinn von Art. 8 AGB-Richtlinie eine „strengere Bestimmung“ dar; sie enthält auch ein „höheres Schutzniveau für die Verbraucher“. Da die Bestimmungen der AGB-Richtlinie lediglich einen Mindeststandard innerhalb der EG sichern sollen, ist eine Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 AGB-Richtlinie nicht erforderlich; es bleibt dann bei den weiterreichenden generell-abstrakten Prinzipien, wie sie aus den §§ 5, 9 AGB-Gesetz abgeleitet werden.

d) Keine Inhaltskontrolle der Hauptleistungen eines Vertrages

Auch wenn Art. 4 Abs. 1 AGB-Richtlinie vorsieht, daß die Mißbräuchlichkeit einer AGB-Klausel „unter Berücksichtigung der Art der Güter oder Dienstleistungen“ vorzunehmen ist, welche „Gegenstand des Vertrags sind“, stellt doch Art. 4 Abs. 2 AGB-Richtlinie einschränkend klar: „Die Beurteilung der Mißbräuchlichkeit der Klausel betrifft weder den Hauptgegenstand des Vertrags noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen.“ Damit ist exakt der Bereich umschrieben, den § 8 AGB-Gesetz im Auge hat.

Volle Parallelität besteht hier zu den Ergebnissen der BGH-Judikatur: § 8 AGB-Gesetz sperrt die richterliche Inhaltskontrolle bei solchen AGB-Klauseln, die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistung und den dafür zu zahlenden Preis unmittelbar regeln, weil es grundsätzlich Sache der Parteien ist, die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung festzulegen²⁵. Bekanntlich differenziert die Rechtsprechung des BGH danach, ob es sich um die Preisabrede oder um eine Preisnebenabrede handelt, welche gemäß § 9 AGB-Gesetz durchaus der richterlichen Inhaltskontrolle unterworfen wird²⁶. Die Unterscheidung wird danach vorgenommen, ob an die Stelle der „Preisabrede“, wenn eine wirksame Regelung fehlt, dispositives Recht treten kann²⁷. Soweit dieses gemäß § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz zur Verfügung steht, um das Ergebnis einer richterlichen Inhaltskontrolle zu Lasten der AGB-Verwenders zu sanktionieren, liegt eine kontrollfähige Preisnebenabrede vor.

Diesen Gesichtspunkt reflektiert Art. 4 Abs. 2 AGB-Richtlinie zumindest indirekt in der Weise, daß lediglich von „Entgelt“ bzw. von „Gegenleistung“ gesprochen wird. Ob danach – um ein Beispiel aufzugreifen – eine Preisanpassungsklausel kontrollfähig ist aber ob sie lediglich im Sinn von Art. 4 Abs. 2 AGB-Richtlinie eine Regelung über das „Entgelt“ enthält und damit der Mißbrauchskontrolle entzogen ist, ist offen. Auch die weitere Forderung von Art. 4 Abs. 2 AGB-Richtlinie, die Entgeltklausel müsse „klar und verständlich abgefaßt“ sein, bringt nicht unbedingt sehr viel an Klarheit. Unterstellt man nämlich, daß eine Preisanpassungsklausel²⁸ ausreichend konkretisiert ist, so wird man sie sicherlich im Sinn des Transparenzgebots als „klar und verständlich abgefaßt“ qualifizieren können. Nach der Rechtsprechung des BGH sperrt dies freilich nicht die richterliche Inhaltskontrolle gemäß § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz, weil eben eine Preisanpassungsklausel eine kontrollfähige Preisnebenabrede ist. Demgegenüber deutet Art. 4 Abs. 2 AGB-Richtlinie an, daß in diesen Fällen eine Mißbrauchskontrolle ausscheidet.

Auch diese Feststellung führt unmittelbar zur Anwendung von Art. 8 AGB-Richtlinie: Die BGH-Judikatur²⁹ zur richterlichen Inhaltskontrolle von Preisnebenabreden erweist sich als die „strengere“ Regelung, welche ein „höheres Schutzniveau für die Verbraucher“ gewährleistet. Folglich ist der Gesetzgeber nicht gehalten, Art. 4 Abs. 2 AGB-Richtlinie in das deutsche Recht umzusetzen.

2. Das Transparenzgebot gemäß Art. 5 AGB-Richtlinie

a) Der Inhalt von Art. 5 AGB-Richtlinie

Das bereits in Art. 4 Abs. 2 AGB-Richtlinie aufgegriffene Transparenzgebot konkretisiert Art. 5 AGB-Richtlinie mit dem Postulat: AGB-Klauseln müssen „stets klar und verständlich abgefaßt sein“. Damit sind alle die Forderungen zusammengefaßt, die sich zum einen aus der Einbeziehungsregelung von § 2 Abs. 1 AGB-Gesetz herleiten lassen und zum anderen in § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz ihren Niederschlag gefunden haben³⁰. Der Verbraucher als rechtlich nicht vorgebildeter Durchschnittskunde³¹ muß also durch die jeweilige Klausel in die Lage versetzt werden, ohne Einholung von weiterem Rechtsrat die ihn benachteiligenden Wirkungen einer Klausel unmittelbar zu erkennen, weil die Vertragsgestaltung in allen Aspekten „klar und verständlich“ textiert sein muß³².

Offen ist freilich, welche Sanktionsfolge sich aus Art. 5 AGB-Richtlinie herleitet, wenn einzelne Klauseln nicht „klar und verständlich“ abgefaßt sind. Man könnte daran denken, daß die AGB-Richtlinie in diesem Punkt lediglich die Absicht verfolgt, die Einbeziehungsbedingungen für den Verbraucher transparent zu gestalten. Dafür spricht die systematische Stellung von Art. 5 AGB-Richtlinie, deren Satz 2 – wie noch zu zeigen ist – eine allgemeine Auslegungsregel enthält. Systematisch betrachtet enthält nämlich Art. 5 Satz 1 AGB-Richtlinie eine Regelung, welche dem „Allgemeinen Teil“, nicht aber der Mißbrauchskontrolle zuzuweisen ist. Unterstützt wird diese Auslegung des Transparenzgebots in Art. 5 Satz 1 AGB-Richtlinie auch dadurch, daß nur solche AGB-Klauseln dem Transparenzgebot unterworfen werden, die „schriftlich niedergelegt“ sind, womit erkennbar der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bezeichnet ist.

Da das Transparenzgebot unmittelbar auch in § 2 Abs. 1 AGB-Gesetz verankert ist³³, besteht also im Blick auf Art. 5 Satz 1 AGB-Richtlinie kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Dies gilt auch insoweit, als die Rechtsprechung des BGH aus § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz – als selbständiges Kontrollkriterium – abgeleitet hat, daß AGB-Klauseln so ausgestaltet sein müssen, daß sie im Hinblick auf Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen für den rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden durchschaubar sind, so daß ihre benachteiligenden Wirkungen – soweit dies möglich ist – unmittelbar zu erkennen sind³⁴. Denn insoweit kommt wiederum Art. 8 AGB-Richtlinie zum Zug: Das von § 9 Abs. 1 AGB-

25 BGH, ZIP 1988 S. 577, 580; BGH, NJW-RR 1990 S. 1075, 1076.

26 BGH, NJW 1982 S. 331; BGH, ZIP 1983 S. 828, 830; BGH, ZIP 1986 S. 698; BGH, ZIP 1991 S. 857, 858; BGH, BB 1992 S. 228.

27 BGH, BB 1992 S. 228.

28 BGH, WM 1986 S. 73, 75.

29 S. Fn. 26.

30 Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O. (Fn. 10), § 2 Rdnrn. 50 ff.

31 BGH, BB 1988 S. 2410, 2412; BGH, WM 1990 S. 1367, 1368.

32 BGH, ZIP 1992 S. 771, 772.

33 Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O. (Fn. 10) § 2 Rdnrn. 50 ff.

34 S. Fn. 31.

Gesetz geschützte Transparenzgebot ist eine „strengere Bestimmung“, welche ein „höheres Schutzniveau“ für die Verbraucher gewährleistet als die AGB-Richtlinie.

b) Der Rückgriff auf die dem Verbraucher günstigste Auslegung

Art. 5 Satz 2 AGB-Richtlinie formuliert: „Bei Zweifeln über die Bedeutung einer Klausel gilt die für den Verbraucher günstigste Auslegung.“ Wie § 5 AGB-Gesetz knüpft also Art. 5 Satz 2 AGB-Richtlinie daran: Die Mehrdeutigkeit einer AGB-Klausel ist Voraussetzung dafür, daß überhaupt eine Auslegung stattfindet.

Soweit Art. 5 Satz 2 AGB-Richtlinie in diesem Zusammenhang auf die „für den Verbraucher günstigste Auslegung“ abhebt, stellt sich die Frage, ob diese Bestimmung mit § 5 AGB-Gesetz in Einklang steht. Nach der Rechtsprechung des BGH ist ja bei der Auslegung von AGB-Klauseln nicht auf die Parteien des konkreten Geschäfts abzustellen³⁵, sondern auf diejenigen Verkehrskreise, denen gegenüber die betreffenden AGB-Klauseln gewöhnlich Verwendung finden³⁶. Dabei kommt es auf den Willen verständiger und redlicher Vertragspartner an³⁷. Gerade dies unterscheidet aber die Auslegung im Rahmen von § 5 AGB-Gesetz fundamental von den individualisierten Kontrollkriterien, wie sie in Art. 4 Abs. 1 AGB-Richtlinie verankert sind. Denn die den konkreten Vertragsabschluß „begleitenden Umstände“ bleiben bei der Auslegung von AGB-Klauseln im Rahmen von § 5 AGB-Gesetz außer Betracht³⁸. Folglich ist auch in diesem Rahmen wieder Art. 8 AGB-Richtlinie zu bemühen: § 5 AGB-Gesetz enthält insoweit die „strengere Bestimmung“, welche zugunsten des Verbrauchers ein „höheres Schutzniveau“ gewährleistet.

c) Innerhalb des Kontrollverfahrens

Art. 5 Satz 3 AGB-Richtlinie stellt klar, daß im abstrakten Kontrollverfahren gemäß Art. 7 Abs. 2 AGB-Richtlinie nicht die Auslegung Maß gibt, welche dem Verbraucher günstig ist, sondern daß hier – ganz ähnlich wie im deutschen Recht³⁹ – von der kundenfeindlichsten Auslegung auszugehen ist. Damit stabilisiert Art. 5 Satz 3 AGB-Richtlinie die Zweispurigkeit der Auslegung, je nachdem, ob es sich um ein Individualverfahren oder um einen Kontrollprozeß handelt. Demgegenüber wird nunmehr mit guten Gründen in Rechtsprechung und Literatur geltend gemacht, daß im Rahmen von § 5 AGB-Gesetz zweckmäßigerweise übereinstimmende Auslegungsergebnisse erzielt werden sollten, indem auch im Individualprozeß von der kundenfeindlichsten Auslegung einer AGB-Klausel auszugehen ist⁴⁰. In der Sache führt dies dazu, daß eine mehrdeutige AGB-Klausel zunächst an den §§ 9 ff. AGB-Gesetz zu messen ist. Erweist sie sich danach als unwirksam, so ist dieses Ergebnis – im Rahmen der kundenfeindlichsten Auslegung – hinzunehmen, obwohl streng genommen eine Auslegung gemäß § 5 AGB-Gesetz nicht vorgenommen wurde⁴¹.

Auch wenn man dieser Auffassung nicht folgen sollte, besteht in diesem Punkt kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Denn entweder reflektiert Art. 5 Satz 3 AGB-Richtlinie geltendes deutsches Recht, dann ist eine Umsetzung ohnehin nicht erforderlich. Oder man bevorzugt im Rahmen von Art. 5 Satz 3 AGB-Richtlinie – entspre-

chend der bisherigen Tendenz des deutschen Rechts – die kundenfeindlichste Auslegung, dann ist insoweit Art. 8 AGB-Richtlinie zur Anwendung berufen, weil dann das deutsche Recht eine „strengere Bestimmung“ enthält.

3. Art. 6 AGB-Richtlinie

a) Die Sanktionswirkung von Art. 6 Abs. 1 AGB-Richtlinie

Art. 6 Abs. 1 AGB-Richtlinie bestimmt, daß dem Gewerbetreibenden nicht das Recht zusteht, „mißbräuchliche Klauseln“ gegenüber einem Verbraucher geltend zu machen. Um dieses Ergebnis sicherzustellen, sind die EG-Mitgliedstaaten aufgerufen, die hierfür erforderlichen „Bedingungen“ in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften festzulegen. Fraglich ist, was unter dem Rechtsbegriff des „Nichtgeltendmachens“ im Sinn von Art. 6 Abs. 1 AGB-Richtlinie zu verstehen ist. Zutreffend erscheint es, diesen Begriff möglichst umfassend auszugestalten, um auf diese Weise sicherzustellen, daß der Gewerbetreibende weder im außergerichtlichen Verfahren noch im Rahmen eines Prozesses in der Lage ist, vermeintliche Ansprüche aufgrund „mißbräuchlicher“ Klauseln gegenüber einem Verbraucher durchzusetzen. Indessen wird man einräumen müssen: Die Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz belegen, daß in weitem Rahmen AGB-Klauseln verwendet werden, welche gemäß §§ 9 ff. AGB-Gesetz unwirksam sind. Im außergerichtlichen Bereich werden solche Klauseln – nach wie vor – verwendet; und es gilt der allgemeine Satz: „Wo kein Kläger, da kein Richter!“ Diese simple Tatsache wird auch Art. 6 Abs. 1 AGB-Richtlinie nicht abändern können. Folglich kann der Begriff „Nichtgeltendmachen“ in Art. 6 Abs. 1 AGB-Gesetz als Sanktionsfolge nur genau das bedeuten, was die §§ 9 ff. AGB-Gesetz ausweisen, nämlich: Mißbräuchliche Klauseln sind gegenüber einem Verbraucher „unwirksam“. Der AGB-Verwender/Gewerbetreibende kann aus „mißbräuchlichen Klauseln“ gegenüber dem Verbraucher keine Rechte herleiten.

Diese Sanktionsfolge wird auch indirekt durch Art. 6 Abs. 1 AGB-Richtlinie bestätigt: Ungeachtet mißbräuchlicher – mithin: unwirksamer – Klauseln bleibt der Vertrag „für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend“ – vorausgesetzt, er kann „ohne die mißbräuchlichen Klauseln bestehen“. Dies besagt: Die „mißbräuchlichen Klauseln“ dürfen im Vertrag nicht ein solches Gewicht entfalten, daß er ohne diese Klauseln praktisch keine Bedeutung mehr besitzt, also: im Sinne von Art. 6 Abs. 1 AGB-Richtlinie nicht mehr „bestehen kann“.

Diese Sanktionsfolge deckt sich exakt mit derjenigen, die § 6 Abs. 1 AGB-Gesetz vorschreibt. Deshalb bleibt der Vertrag „im übrigen wirksam“, auch wenn AGB-Klauseln „ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam“ sind. Mit anderen Worten: Die von den Parteien durch den Vertragsabschluß herbeigeführte Bindungswirkung bleibt erhalten, auch wenn „mißbräuchliche Klauseln“ zu Lasten des Verbrauchers verwendet worden sind.

35 Im einzelnen *Ulmer/Brandner/Hensen*, a. a. O. (Fn. 10), § 5 Rdnrn. 16 f.

36 BGH, WM 1990 S. 1389, 1390.

37 BGH, NJW 1992 S. 1032, 1034.

38 *Ulmer/Brandner/Hensen*, a. a. O. (Fn. 10), § 5 Rdnr. 22; *Palandt/Heinrichs*, a. a. O. (Fn. 15), § 5 Rdnr. 7.

39 Statt aller *Ulmer/Brandner/Hensen*, a. a. O. (Fn. 10), § 5 Rdnr. 3.

40 Hierzu BGH, NJW 1992 S. 1097, 1099.

41 Vgl. *Ulmer/Brandner/Hensen*, a. a. O. (Fn. 10), § 5 Rdnr. 31.

Dies gilt bis zur Grenze von Art. 6 Abs. 3 AGB-Gesetz: Wenn das Festhalten an dem Vertrag eine „unzumutbare Härte für eine Vertragspartei“ wird, so ist der gesamte Vertrag „unwirksam“. Ob dies der Fall ist, ist im Rahmen von § 6 Abs. 3 AGB-Gesetz im Wege der Interessenabwägung zu ermitteln⁴². Freilich stellt Art. 6 Abs. 1 AGB-Richtlinie auf die Interessen „beider Parteien“ ab, während § 6 Abs. 3 AGB-Gesetz eine „unzumutbare Härte“ bei einer Vertragspartei ausreichend sein läßt. Doch ist dieser Unterschied vernachlässigenswert; denn im Rahmen von § 6 Abs. 3 AGB-Gesetz ist anerkannt, daß nicht nur auf die Interessen des AGB-Verwenders, sondern auch auf die des Kunden abzustellen ist, wobei alle Einzelfallumstände des konkreten Vertrages Berücksichtigung finden müssen⁴³. Unterstrichen wird dieser Befund auch durch die Auffassung, daß im Vorfeld von § 6 Abs. 3 AGB-Gesetz ein Rückgriff auf die Regeln vom Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB nicht angezeigt ist⁴⁴. Es kommt also – und darauf ist im Ergebnis im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 AGB-Richtlinie abzustellen – darauf an, ob eine erhebliche Störung des Äquivalenzverhältnisses vorliegt, um für „beide Parteien“ festzustellen, daß ihnen das Festhalten am Vertrag nicht zuzumuten ist.

b) Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Um Mißverständnissen vorzubeugen, könnte es sich empfehlen, die Regelung von § 6 Abs. 3 AGB-Gesetz im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 AGB-Richtlinie geringfügig zu ändern. Es wäre dann – klarstellend – auf die Interessen beider Parteien abzustellen. Kein Handlungsbedarf besteht jedoch insoweit, als die Lückenfüllung gemäß § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz „nach den gesetzlichen Vorschriften“ vorgenommen wird. Zwar geht Art. 6 Abs. 1 AGB-Richtlinie davon aus, daß der „Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage“ – freilich: ohne Berücksichtigung der mißbräuchlichen Klauseln – „bindend bleibt“. Doch es gilt der allgemeine Satz vertragsrechtlicher Grammatik. Wo die Parteien keine vertragliche Regelung getroffen haben, gelten die gesetzlichen Bestimmungen; sie bilden dann die „Grundlage“, welche – ohne Rücksicht auf die mißbräuchlichen Klauseln – „für beide Parteien bindend“ ist. Damit ist auch keineswegs ausgeschlossen, daß im Rahmen von § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz eine ergänzende Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB vorgenommen wird, sofern das dispositives Recht im Sinn von § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz keine Regelung bereithält⁴⁵. Denn § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz schließt die richterliche Vertragsergänzung in diesen Fällen nicht aus. Sie zielt auf einen beiderseits angemessenen Interessenausgleich, sofern normative Vorgaben fehlen⁴⁶. Damit aber ist im Sinn von Art. 6 Abs. 1 AGB-Richtlinie genau das gemeint, was als „Grundlage“ für den von den Parteien abgeschlossenen Vertrag bezeichnet wird. „Grundlage“ in diesem Sinne sind nämlich sowohl die Bestimmungen des dispositiven Rechts als auch die hypothetische Vertragsergänzung.

c) Art. 6 Abs. 2 AGB-Richtlinie

Sofern ein Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher „einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet der Mitgliedstaaten“ aufweist, bestimmt Art. 6 Abs. 2 AGB-Richtlinie, daß die EG-Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, „damit der Verbraucher den durch diese Richtlinie gewährten Schutz nicht verliert“, sofern „das Recht eines

Drittlandes als das auf den Vertrag anzuwendende Recht gewählt wurde“.

Damit ist erkennbar der Rahmen von Art. 29 EGBGB angesprochen. Während Art. 29 Abs. 1 EGBGB auf „Verträge für die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen“ beschränkt ist, „Verträge zur Finanzierung eines solchen Geschäfts“ allerdings einschließt, ist der Anwendungsbereich der AGB-Richtlinie wesentlich weiter: Er umfaßt unmittelbar alle Verträge, welche zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher abgeschlossen werden, soweit im Sinn von Art. 3 Abs. 2 AGB-Richtlinie eine Vertragsklausel Verwendung findet, die „im voraus abgefaßt wurde“. So gesehen ist es erforderlich, Art. 29 Abs. 1 EGBGB auf alle Verträge zu erweitern, in denen zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher mißbräuchliche Vertragsklauseln Verwendung finden. Im übrigen sind die in Art. 29 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 EGBGB verankerten Voraussetzungen im wesentlichen identisch mit dem Erfordernis des „engen Zusammenhangs“ mit dem Gebiet der Mitgliedstaaten, wie Art. 6 Abs. 2 AGB-Richtlinie formuliert.

4. Das Kontrollverfahren gemäß Art. 7 AGB-Richtlinie

Art. 7 AGB-Richtlinie verfolgt den Zweck, die EG-Mitgliedstaaten zum Erlaß von Rechtsvorschriften zu verpflichten, welche „der Verwendung mißbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen“, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende setzen. Diesem Erfordernis haben die §§ 13 ff. AGB-Gesetz bereits Rechnung getragen. Das Instrumentarium der abstrakten Kontrollklage gemäß §§ 13 ff. AGB-Gesetz hat sich in der Praxis bewährt, auch wenn sicherlich zu wünschen wäre, daß vor allem Wirtschaftsverbände von diesen Möglichkeiten häufiger Gebrauch machen um sicherzustellen, daß der Rechtsverkehr vor unwirksamen AGB-Klauseln geschützt werde. Auch könnte man sich von einigen Verbraucherverbänden eine stärkere Aktivität wünschen, wobei freilich in vielen Fällen das Diktat leerer Kassen für mangelnde Klagefreudigkeit verantwortlich ist. Zu begrüßen wäre es deshalb, wenn der Gesetzgeber die Umsetzung von Art. 7 AGB-Richtlinie zum Anlaß nehmen würde, die Effizienz der abstrakten Kontrollklage gemäß §§ 13 ff. AGB-Gesetz dadurch zu steigern, daß hierfür erforderliche – zusätzliche – Finanzmittel bereitgestellt werden.

III. Ergebnis

Eine Übersicht über die Art. 1 bis 5 AGB-Richtlinie führt zu dem Ergebnis, daß nur ein begrenzter Bedarf besteht, die bewährten Schemata des AGB-Gesetzes zu verbessern. Im Grunde genommen beschränkt sich der gesetzgeberische Handlungsbedarf auf eine geringfügige Revision von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz (Verzicht auf das Element der „Vielzahl von Verträgen“) sowie darauf, § 6 Abs. 3 AGB-Gesetz abzuändern, um die Interessen „beider Parteien“ zur Richtschnur zu erheben⁴⁷.

42 Wolf/Horn/Lindacher, a. a. O. (Fn. 12), § 6 Rdnrn. 47 ff.

43 Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O. (Fn. 10), § 6 Rdnrn. 50 ff.

44 Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O. (Fn. 10), § 6 Rdnr. 43.

45 BGH, ZIP 1989 S. 1196, 1198; BGH, ZIP 1989 S. 939, 940.

46 BGH, ZIP 1989 S. 1196, 1198.

47 Wie weit die im Anhang zur AGB-Richtlinie verankerten „mißbräuchlichen Klauseln“ einer Revision der §§ 9 ff. AGB-Gesetz zu unterziehen sind, soll in einem gesonderten Beitrag untersucht werden.