

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)

A. Zielsetzung

Allgemeinen Geschäftsbedingungen kommt für die rechtliche Formung von Verträgen im Ablauf des modernen Wirtschaftsgeschehens überragende Bedeutung zu. Diese beschränkt sich jedoch nicht auf die positiv zu bewertende Rationalisierung typisierter Massengeschäfte. Mindestens ebenso stark sind sie von dem Bestreben der Verwender geprägt, die eigenen Interessen vorrangig gegenüber denen der Vertragspartner durchzusetzen. Dies äußert sich in einer oft schwer erträglichen Verdrängung, bisweilen sogar elementaren Mißachtung der Grundsätze der Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit zu Lasten derjenigen, die solchen vorformulierten Bedingungswerken unterworfen werden.

Der vorliegende Gesetzentwurf dient dem Ziel, den Vertrags- teil, insbesondere den Letztverbraucher, der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterworfen wird, vor unangemessenen, einseitig vorformulierten Vertragsbedingungen zu schützen.

B. Lösung

Der Entwurf regelt die vertragliche Vereinbarung Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Seinen Schwerpunkt bilden Vorschriften über unwirksame Klauseln, die in eine Generalklausel als Auf-

fangtatbestand und zwei Kataloge unzulässiger Einzelklauseln gegliedert sind.

C. Alternativen

Die Fraktion der CDU/CSU hat den Entwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen eingebracht (Drucksache 7/3200), dessen materiell-rechtlicher Teil weitgehend dem vorliegenden Entwurf entspricht, der jedoch außerdem Vorschläge für ein besonderes gerichtliches Prüfungsverfahren für Allgemeine Geschäftsbedingungen enthält. Die Bundesregierung wird verfahrensrechtliche Regelungen zur Kontrolle von AGB in einem gesonderten Gesetzentwurf vorschlagen; erst wenn die im März 1975 veröffentlichten Empfehlungen der hierfür eigens eingesetzten Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz geprüft sind, können sachlich ausgereift und praktikable Lösungsvorschläge unterbreitet werden.

D. Kosten

keine

Bundesrepublik Deutschland
Der Bundeskanzler
I/4 (I/3) — 400 02 — Schu 2/75

Bonn, den 6. August 1975

An den Präsidenten
des Deutschen Bundestages

Hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1). Ich bitte, die Beschlußfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist der Bundesminister der Justiz.

Der Bundesrat hat in seiner 422. Sitzung am 11. Juli 1975 gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus der Anlage 2 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der Gegenäußerung (Anlage 3) dargelegt.

Für den Bundeskanzler
Der Bundesminister der Justiz
Dr. Vogel

Anlage 1

Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

ERSTER ABSCHNITT

Allgemeine Vorschriften

§ 1

Anwendungsbereich

(1) Die Vorschriften dieses Gesetzes sind auf alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen anzuwenden, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluß eines Vertrages stellt (Allgemeine Geschäftsbedingungen). Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfaßt sind und welche Form der Vertrag hat.

(2) Die Vorschriften dieses Gesetzes gelten nicht, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind.

§ 2

Einbeziehung in den Vertrag

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen können nur dann Bestandteil eines Vertrages werden, wenn der Verwender bei Vertragsabschluß

1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsabschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsabschlusses auf sie hinweist und
2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen,

und wenn das Verhalten der anderen Vertragspartei den Umständen nach als Einverständnis mit ihrer Geltung angesehen werden kann.

(2) Die Vertragsparteien können für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in Absatz 1 bezeichneten Erfordernisse im voraus vereinbaren.

§ 3

Überraschende Klauseln

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, daß der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.

§ 4

Vorrang der Individualabrede

Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

§ 5

Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit

(1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im übrigen wirksam.

(2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften, in Ermangelung von solchen nach der Natur des Vertrages.

(3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm einer Vertragspartei auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung nicht zugemutet werden kann.

ZWEITER ABSCHNITT

Unwirksame Klauseln

§ 6

Schranken der Inhaltskontrolle

Die §§ 7 bis 9 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.

§ 7

Grundsatz des angemessenen Interessenausgleichs

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie die Interessen der an dem Vertrag Beteiligten nach den Geboten von Treu und Glauben nicht angemessen ausgleichen.

(2) Ein angemessener Interessenausgleich ist im Zweifel nicht anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundsätzen der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder
2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

§ 8

Unzulässige Klauseln mit Wertungsspielraum

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unwirksam

1. eine Bestimmung, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots, für die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer Dienst- oder Werksleistung vorbehält;
2. eine Bestimmung, durch die sich der Verwender für die von ihm zu bewirkende Leistung entgegen § 326 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine unangemessen lange Nachfrist vorbehält;
3. die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders,
 - a) sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen oder
 - b) die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil unzumutbar ist;

Buchstabe a gilt nicht für Dauerschuldverhältnisse;
4. eine Bestimmung, nach der der Verwender für den Fall, daß eine Vertragspartei vom Verträge zurücktritt oder den Vertrag kündigt,
 - a) eine unangemessen hohe Vergütung für die Überlassung der Benutzung einer Sache, für geleistete Dienste oder Arbeit oder für sonstige Leistungen oder
 - b) einen unangemessen hohen Ersatz von Aufwendungen verlangen kann;

5. die Vereinbarung der Geltung ausländischen Rechts oder des Rechts der Deutschen Demokratischen Republik in Fällen, in denen hierfür kein anerkennenswertes Interesse besteht.

§ 9

Unzulässige Klauseln ohne Wertungsspielraum

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist stets unwirksam

1. eine Bestimmung, welche die Erhöhung des Entgelts für Waren oder Leistungen vorsieht, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsabschluß geliefert oder erbracht werden sollen; dies gilt nicht bei Waren oder Leistungen, die im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen geliefert oder erbracht werden, sowie bei Leistungen, auf deren Preise § 99 Abs. 1 oder 2 Nr. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung findet;
2. eine Bestimmung, durch die
 - a) das Leistungsverweigerungsrecht, das dem Vertragspartner des Verwenders nach § 320 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zusteht, ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, oder
 - b) ein dem Vertragspartner des Verwenders zustehendes Zurückbehaltungsrecht, soweit es auf demselben Vertragsverhältnis beruht, ausgeschlossen oder eingeschränkt, insbesondere von der Anerkennung von Mängeln durch den Verwender abhängig gemacht wird;
3. eine Bestimmung, durch die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis genommen wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen;
4. eine Bestimmung, durch die der Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen oder ihm eine Nachfrist zu setzen;
5. die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung, wenn
 - a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt, oder
 - b) dem anderen Vertragsteil der Nachweis abgeschnitten wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale;
6. eine Bestimmung, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, daß der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird;
7. ein Ausschluß oder eine Begrenzung der Haftung für einen Schaden, der auf einer grob fahrlässigen Vertragsverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Vertragsverletzung eines gesetzlichen

- Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruht; dies gilt auch für Schäden aus der Verletzung von Pflichten bei den Vertragsverhandlungen;
8. eine Bestimmung, durch die für den Fall des Leistungsverzugs des Verwenders oder der von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung
 - a) das Recht des anderen Vertragsteils, sich vom Vertrag zu lösen, ausgeschlossen oder eingeschränkt oder
 - b) das Recht des anderen Vertragsteils, Schadensersatz zu verlangen, ausgeschlossen oder entgegen Nummer 7 eingeschränkt wird;
 9. eine Bestimmung, durch die für den Fall des teilweisen Leistungsverzugs des Verwenders oder bei von ihm zu vertretender teilweiser Unmöglichkeit der Leistung die Rechte des anderen Vertragsteils auch dann auf einen Teil der Leistung beschränkt werden, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat;
 10. eine Bestimmung, durch die bei Kauf-, Werk- oder Werklieferungsverträgen über neu hergestellte Sachen
 - a) die Gewährleistungsansprüche gegen den Verwender einschließlich etwaiger Nachbesserungs- und Ersatzlieferungsansprüche insgesamt oder bezüglich einzelner Teile ausgeschlossen, auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte beschränkt oder von der vorherigen Inanspruchnahme Dritter abhängig gemacht werden;
 - b) die Gewährleistungsansprüche gegen den Verwender insgesamt oder bezüglich einzelner Teile auf ein Recht auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung beschränkt werden, sofern dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der Nachbesserung oder Ersatzlieferung Herabsetzung der Vergütung oder, wenn nicht eine Bauleistung Gegenstand der Gewährleistung ist, nach seiner Wahl Rückgängigmachung des Vertrags zu verlangen;
 - c) die Verpflichtung des gewährleistungspflichtigen Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die Aufwendungen zu tragen, die zum Zweck der Nachbesserung erforderlich werden, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten;
 - d) der Verwender die Beseitigung eines Mangels oder die Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache von der vorherigen Zahlung des vollständigen Entgelts oder eines unter Berücksichtigung des Mangels unverhältnismäßig hohen Teils des Entgelts abhängig macht;
 - e) der Verwender dem anderen Vertragsteil für die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel
 - f) die gesetzlichen Gewährleistungsfristen verkürzt werden;
 11. eine Bestimmung, durch die bei einem Kauf-, Werk- oder Werklieferungsvertrag Schadensersatzansprüche gegen den Verwender nach den §§ 463, 480 Abs. 2, § 635 des Bürgerlichen Gesetzbuchs wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften ausgeschlossen oder eingeschränkt werden;
 12. bei einem Vertragsverhältnis, das die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat,
 - a) eine den anderen Vertragsteil länger als ein Jahr bindende Laufzeit des Vertrags,
 - b) eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr oder
 - c) zu Lasten des anderen Vertragsteils eine längere Kündigungsfrist als drei Monate vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer;
 13. eine Bestimmung, wonach bei Kauf-, Dienst- oder Werkverträgen ein Dritter an Stelle des Verwenders in die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten eintritt oder eintreten kann, es sei denn, in der Bestimmung wird
 - a) der Dritte namentlich bezeichnet, oder
 - b) dem anderen Vertragsteil das Recht eingeräumt, sich vom Vertrag zu lösen;
 14. eine Bestimmung, durch die der Verwender einem Vertreter, der den Vertrag für den anderen Vertragsteil abschließt,
 - a) ohne hierauf gerichtete ausdrückliche und gesonderte Erklärung eine eigene Haftung oder Einstandspflicht oder
 - b) im Falle vollmachtsloser Vertretung eine über § 179 des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinausgehende Haftung
 auferlegt;
 15. eine Bestimmung, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, insbesondere indem er
 - a) diesem die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen;
 - b) den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen läßt;
 - c) vorsieht, daß eine Erklärung als an den anderen Vertragsteil abgesandt oder ihm zugegangen gilt;

Buchstabe b gilt nicht für gesondert unterschriebene Empfangsbekanntnisse;

16. eine Bestimmung, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die einfache Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden;
17. eine Bestimmung, wonach die Wirksamkeit vertraglicher Abreden von der Einhaltung der Schriftform oder davon abhängig gemacht wird, daß der Verwender sie schriftlich bestätigt.

DRITTER ABSCHNITT

Geltungsbereich

§ 10

Zwischenstaatlicher Geltungsbereich

Unterliegt ein Vertrag ausländischem Recht oder dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik, so sind die Vorschriften dieses Gesetzes gleichwohl zu berücksichtigen, wenn

1. der Vertrag auf Grund eines öffentlichen Angebots, einer öffentlichen Werbung oder einer ähnlichen im Geltungsbereich dieses Gesetzes entfalteten geschäftlichen Tätigkeit des Verwenders zustande kommt und
2. der andere Vertragsteil bei Abgabe seiner auf den Vertragsschluß gerichteten Erklärung seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat und seine Willenserklärung im Geltungsbereich dieses Gesetzes abgibt.

§ 11

Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts.

(2) Keine Anwendung finden ferner

1. § 2 für die mit Genehmigung der zuständigen Verkehrsbehörde erlassenen Tarife und Ausführungsbestimmungen zur Eisenbahnverkehrsordnung und die nach Maßgabe des Personenbeförderungsgesetzes genehmigten Beförderungsbedingungen der Straßenbahnen, Obusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr;
2. die §§ 8 und 9 für Verträge der Elektrizitäts- und der Gasversorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderabnehmern mit elektrischer Energie und mit Gas aus dem Versorgungsnetz, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von den auf Grund des § 7 des Energiewirtschaftsgesetzes erlassenen Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsnetz der Elektrizitätsversorgungsunterneh-

men und Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Gas aus dem Versorgungsnetz der Gasversorgungsunternehmen abweichen;

3. § 9 Nr. 7 und 8 für die nach Maßgabe des Personenbeförderungsgesetzes genehmigten Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften der Straßenbahnen, Obusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr, soweit sie nicht zum Nachteil des Fahrgastes von der Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. Februar 1970 abweichen;
4. § 9 Nr. 10 Buchstabe f für Leistungen, für die die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Vertragsgrundlage ist;
5. § 9 Nr. 12 für Verträge über die Lieferung als zusammengehörig verkaufter Sachen, für Versicherungsverträge sowie für Verträge zwischen den Inhabern urheberrechtlicher Rechte und Ansprüche und Verwertungsgesellschaften im Sinne des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten;
6. § 9 Nr. 17 für Versicherungsverträge sowie in Fällen, in denen der Vertragspartner des Verwenders den Vertrag in Ausübung einer Berufs- oder Erwerbstätigkeit abschließt.

(3) Ein Bausparvertrag, ein Versicherungsvertrag sowie das Rechtsverhältnis zwischen einer Kapitalanlagegesellschaft und einem Anteilinhaber unterliegen den von der zuständigen Behörde genehmigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bausparkasse, des Versicherers sowie der Kapitalanlagegesellschaft auch dann, wenn die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 bezeichneten Erfordernisse nicht eingehalten sind.

§ 12

Ausnahmen vom persönlichen Anwendungsbereich

Die Vorschriften der §§ 2, 8, 9 und 10 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen,

1. die gegenüber einem Kaufmann verwendet werden, wenn der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört;
2. die gegenüber einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden.

§ 7 ist in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit anzuwenden, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 8 und 9 genannten Vertragsbestimmungen führt.

VIERTER ABSCHNITT

Übergangs- und Schlußvorschriften

§ 13

Anderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Nach § 476 des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird folgende Vorschrift eingefügt:

„§ 476 a

Ist an Stelle des Rechts des Käufers auf Wandlung oder Minderung ein Recht auf Nachbesserung vereinbart, so hat der zur Nachbesserung verpflichtete Verkäufer auch die zum Zwecke der Nachbesserung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen. Dies gilt nicht, soweit die Aufwendungen sich erhöhen, weil die gekaufte Sache nach der Lieferung an einen anderen Ort als den Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Empfängers verbracht worden ist, es sei denn, das Verbringen entspricht dem bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache.“

§ 14

Anderung des Energiewirtschaftsgesetzes

§ 7 des Energiewirtschaftsgesetzes vom 13. Dezember 1935 (Reichsgesetzbl. I S. 1451), zuletzt geändert durch Artikel 18 des Zuständigkeitslockerungsgesetzes vom 10. März 1975 (Bundesgesetzbl. I S. 685), wird wie folgt geändert:

1. In Satz 1 werden die Worte „allgemeine Bedingungen und“ gestrichen.
2. Die Sätze 1 und 2 werden Absatz 1.
3. Es wird folgender Absatz 2 angefügt:

„(2) Der Bundesminister für Wirtschaft kann durch Rechtsverordnung die allgemeinen Bedingungen der Energieversorgungsunternehmen (§ 6 Abs. 1) ausgewogen gestalten. Er kann dabei die Bestimmungen der Verträge einheitlich festsetzen und Regelungen über den Vertragsabschluß, den Gegenstand und die Beendigung der Verträge treffen sowie die Rechte und Pflichten der Vertragspartner festlegen; hierbei sind die beiderseitigen Interessen angemessen zu berücksichtigen.“

§ 15

Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen

Der Bundesminister für Wirtschaft kann durch Rechtsverordnung die allgemeinen Bedingungen für

die Versorgung mit Wasser und Fernwärme ausgewogen gestalten. Er kann dabei die Bestimmungen der Verträge einheitlich festsetzen und Regelungen über den Vertragsabschluß, den Gegenstand und die Beendigung der Verträge treffen sowie die Rechte und Pflichten der Vertragspartner festlegen; hierbei sind die beiderseitigen Interessen angemessen zu berücksichtigen.

§ 16

Übergangsvorschrift

(1) Dieses Gesetz gilt vorbehaltlich des Absatzes 2 nicht für Verträge, die vor seinem Inkrafttreten geschlossen worden sind.

(2) § 7 gilt auch für vor Inkrafttreten dieses Gesetzes abgeschlossene Verträge über die regelmäßige Lieferung von Waren, die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen sowie die Gebrauchsüberlassung von Sachen, soweit diese Verträge noch nicht abgewickelt sind.

(3) Auf Verträge über die Versorgung mit Wasser und Fernwärme sind die Vorschriften dieses Gesetzes erst drei Jahre nach seinem Inkrafttreten anzuwenden.

§ 17

Berlin-Klausel

Dieses Gesetz gilt nach Maßgabe des § 13 Abs. 1 des Dritten Überleitungsgesetzes vom 4. Januar 1952 (Bundesgesetzbl. I S. 1) auch im Land Berlin. Rechtsverordnungen, die auf Grund dieses Gesetzes erlassen werden, gelten im Land Berlin nach § 14 des Dritten Überleitungsgesetzes.

§ 18

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt vorbehaltlich des Satzes 2 am in Kraft. Die §§ 14 und 15 treten am Tage nach der Verkündung in Kraft.

Begründung

A. Allgemeines

1. In der industriellen Massengesellschaft moderner Prägung ist die vertragsrechtliche Gestaltung des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs durch eine Kluft zwischen gesetztem Recht und Rechtswirklichkeit gekennzeichnet. Massenproduktion und Massenkonsum von Waren und Dienstleistungen als Folge technologischer Entwicklung und wirtschaftlicher Expansion ziehen neue Formen und Methoden der Werbung, der Vermarktung und des Vertriebs nach sich, die ihrerseits neue Gestaltungen des rechtsgeschäftlichen Güter- und Leistungsverkehrs erfordern. In diesem Zusammenhang kommt Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) für die rechtliche Ausformung und den Ablauf des modernen Wirtschaftsgeschehens überragende Bedeutung zu. In nahezu allen Bereichen der industriellen und sonstigen Produktion, des Handels sowie des Dienstleistungsgewerbes verdrängen einseitig vorformulierte typisierte Geschäftsbedingungen den von unserem bürgerlichen Vertragsrecht vorausgesetzten Typ des frei ausgehandelten und vereinbarten Vertrages. Die Ursache dafür liegt zum Teil darin, daß das Bürgerliche und das Handelsgesetzbuch nur verhältnismäßig wenige Vertragstypen ausdrücklich regeln, während entsprechend den ständig wachsenden und sich ändernden Bedürfnissen des modernen Wirtschaftsverkehrs sich in der Praxis neue Vertragstypen oder neue Arten typengemischter Verträge entwickeln. Soweit es für sie an einer ausreichenden gesetzgeberischen Gestaltung fehlt, schafft sich die Wirtschaft mit Hilfe von AGB zwangsläufig selbst ihr Recht. Bekannte Beispiele für neu entstandene, vom Gesetzgeber jedoch bisher im wesentlichen der Ausformung durch AGB überlassene Vertragstypen sind neben anderen der Reiseveranstaltungsvertrag, der Bauträgervertrag, der Bankvertrag oder das Leasing-Geschäft. AGB beherrschen das privatvertragliche Wirtschaftsgeschehen weithin aber auch bei solchen Sachverhalten, die — wie beispielsweise die Gewährleistungsrechte des Käufers bei Lieferung einer mangelhaften Sache oder die Rechtsfolgen einer Schadenszufügung durch schuldhaftige Vertragsverletzung — der Gesetzgeber mit dem Ziel, die gegenseitigen Interessen der Vertragspartner angemessen auszugleichen, im bürgerlichen Recht geregelt hat. Dies deshalb, weil die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) weitestgehend nachgiebiges Recht enthalten, das die Vertragsteile in Wahrnehmung der vom BGB vorausgesetzten Vertragsfreiheit durch privatautonome Vertragsgestaltungen ersetzen können.

Obgleich AGB schon nach der Art ihres einseitigen Zustandekommens nicht dem Leitbild frei ausgehandelter Vertragsvereinbarungen entsprechen, sondern ihre rechtliche Wirksamkeit einer weitgehenden Unterwerfung der einen, regelmäßig

schwächeren Seite unter die vorformulierten Bedingungen der anderen Seite verdanken, erfüllen sie vorbehaltlich der Angemessenheit ihres Inhaltes eine durchaus positiv zu bewertende Funktion: Im modernen Vertragsgeschehen können AGB insbesondere die Abwicklung von Massenverträgen rationalisieren und vereinfachen, im Gesetz unregelte oder unzureichend geregelte Lebens- und Sachbereiche rechtlich klar ordnen, die Kalkulierbarkeit von Geschäftsrisiken erhöhen und die für Massengeschäfte maßgebenden Vertragsbestimmungen rasch an veränderte wirtschaftliche und technische Entwicklungen anpassen.

Mindestens ebenso stark sind AGB jedoch von dem Bestreben ihrer Verwender geprägt, auf Kosten eines gegenseitigen Interessenausgleichs die eigene Rechtsposition zu stärken und die Rechte der anderen Seite durch Überbürdung der Geschäftsrisiken zu verkürzen. Die einseitige Sicherung und Verfolgung der Interessen des Verwenders durch AGB äußert sich in einer oft schwer erträglichen Verdrängung, bisweilen sogar elementaren Mißachtung der Grundsätze der Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit zu Lasten derjenigen Vertragsteile, die solchen vorformulierten Bedingungswerken unterworfen werden.

Die im BGB vorausgesetzte Funktion der Vertragsfreiheit, durch freies Aushandeln der Vertragsbedingungen zwischen Partnern mit annähernd gleichwertiger Ausgangsposition Vertragsgerechtigkeit zu schaffen, ist dort empfindlich gestört, wo die Vertragsfreiheit für das einseitige Diktat unbilliger oder gar mißbräuchlicher AGB in Anspruch genommen wird. Eine solche Entwicklung kann der soziale Rechtsstaat nicht tatenlos hinnehmen. Die Wertentscheidungen für die rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung des Individuums als Teil der freien Persönlichkeitsentfaltung einerseits und die soziale Staatszielbestimmung unserer Verfassungsordnung andererseits verlangen, den weit verbreiteten Mißbräuchen der Gestaltungsfreiheit im Privatrechtsverkehr entgegenzutreten. Der Gesetzgeber ist deshalb aufgerufen, zum Schutze derjenigen, die unangemessenen und anstößigen AGB unterworfen werden, diese Rechtsmaterie zu regeln.

2. Rechtshistorisch sind AGB eine Folgeerscheinung der industriellen Revolution des 19. Jahrhunderts. Solange und soweit die handwerklich angefertigte Ware noch nicht durch das industrielle Serienprodukt ersetzt und die individuelle Dienstleistung noch nicht durch modernen Massenservice entpersönlicht waren, hatte in einer weithin von Handwerk und Kleingewerbe geprägten Wirtschaftsordnung das „Modell einer sich selbst regulierenden Harmonie des ökonomischen Geschehens“ noch eine reale Grundlage, weil davon ausgegangen werden konnte, daß dem einzelnen mit der Vertragsfreiheit auch

die Chance gegeben sei, seine eigenen Interessen mit denen des Vertragspartners angemessen auszugleichen. Die technische und wirtschaftliche Expansion brachte in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts das Bedürfnis nach Standardisierung und Typisierung früher einzeln ausgehandelter Verträge mit sich. Den Anfang machten dabei die Versicherungen mit ihren für eine große Anzahl von Verträgen gleichmäßig aufgestellten Versicherungsbedingungen, denen mit dem aufkommenden Massenverkehr alsbald die Verkehrsunternehmen und in den achtziger Jahren die Banken folgten. Erst später gewannen AGB bei den Produktions- und Handelsbetrieben sowie im Dienstleistungsgewerbe an Boden. Diese Entwicklung befand sich um die Jahrhundertwende in vollem Gange. Gleichwohl nahm der Gesetzgeber des BGB von ihr keine Kenntnis, obgleich es schon damals mahnende Hinweise gab, daß mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit „nicht willkürliche, sondern nur vernünftige Freiheit gemeint“ sein könne, weil „schränkenlose Vertragsfreiheit“ sich selbst zerstöre und „zum Mittel der Unterdrückung des einen durch den andern“ werde (vgl. Otto von Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889; Nachdruck 1948 Seite 23).

Zwischen den beiden Weltkriegen setzte die Ausbreitung von AGB in allen Wirtschaftsbereichen sich rapide fort. Auf ihre Ausgestaltung nahm der NS-Staat im Rahmen der allgemeinen Wirtschaftskontrolle nur vereinzelt in bestimmten Bereichen mittelbaren und unmittelbaren Einfluß.

Die rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Kritik an der Verdrängung von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit durch mißbräuchliche AGB fand vor dem Zweiten Weltkrieg ihren Höhepunkt in der von Ludwig Raiser 1935 veröffentlichten Monographie über „Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, deren Auswirkungen auf die rechtspolitische Diskussion bis heute spürbar geblieben sind. Nach dem Zweiten Weltkrieg nahm die Ausbreitung neuer Klauselwerke sprunghaft zu. In gleicher Weise verstärkte sich die Kritik an einer fehlenden gesetzlichen Regelung dieser wichtigen Rechtsmaterie.

Wie groß die Zahl der heute in der Bundesrepublik Deutschland verwendeten AGB ist, läßt sich nicht abschätzen. Rechtstatsächliches Material über die Verbreitung und Verwendung von AGB ist nur in Ansätzen vorhanden. Jedoch lassen sich kaum noch Bereiche der Wirtschaft feststellen, in denen Verträge nicht unter Verwendung von AGB geschlossen werden. Man wird kaum fehl gehen, wenn man von Hunderttausenden im Umlauf befindlicher AGB spricht.

3. Der Gesetzgeber hat bisher nur punktuell eingegriffen, um die Gefahren zu bekämpfen, die sich aus einer einseitigen oder gar mißbräuchlichen Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit ergeben können, so etwa im Bereich der Abzahlungsgeschäfte, des Versicherungsvertrags, des Arbeitsvertrages oder des Wohnungsvermittlungsvertrages. Im Bereich der AGB blieb die Bekämpfung von Auswüchsen einer einseitig beanspruchten Vertragsautono-

mie bisher im wesentlichen den Zivilgerichten überlassen.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts betrachtete AGB mehr als eine Art „fertig bereitliegende Rechtsordnung“, der sich die Parteien unterwerfen, denn als Bestimmungen, die erst kraft vertraglicher Vereinbarung für den einzelnen Vertrag gelten (RG Deutsches Recht 1941 S. 1212). Den materiellen Inhalt von AGB überprüfte das Reichsgericht lediglich bei Vorliegen einer — allerdings großzügig angenommenen — Monopolstellung des Anbieters auf Verstöße gegen die guten Sitten (§ 138 BGB). Diese Rechtsprechungsgrundsätze sind heute überholt. Der Bundesgerichtshof verlangt für die Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag zwar grundsätzlich eine entsprechende Vereinbarung, läßt hierfür gegebenenfalls aber genügen, daß der Kunde von dem Vorhandensein der AGB wußte oder bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte wissen müssen und wenn für ihn erkennbar war, daß der Unternehmer nur unter Einbeziehung seiner AGB abschließen wollte. Die Inhaltskontrolle von AGB stützt der Bundesgerichtshof nicht mehr allein auf § 138 BGB, sondern zusätzlich und überwiegend auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Dabei verlangt er von demjenigen, der AGB aufstellt, daß er wegen der „einseitigen Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit“ schon bei der Aufstellung die Belange der künftigen Vertragspartner nach Treu und Glauben ausreichend berücksichtigen müsse. Wenn gleich die Rechtsprechung zum zulässigen Inhalt von AGB äußert vielschichtig und variantenreich ist, so läuft sie im Ergebnis doch darauf hinaus, unangemessenen, unbilligen oder mißbräuchlichen Klauseln in AGB die rechtliche Anerkennung zu versagen. Teils beschränkt sich die Judikatur noch darauf, Mißbräuche der vom Verwender in AGB einseitig beanspruchten Vertragsfreiheit abzuwehren, teils fordert sie positiv, daß die AGB-Klauseln einen angemessenen Ausgleich der gegenseitigen Interessen herbeiführen.

Insbesondere in den letzten Jahren hat der BGH die Inhaltskontrolle von AGB entscheidend intensiviert und für einzelne Bereiche — insbesondere für das Maklerrecht — durch eindeutige Entscheidungen und durch Mißbilligung besonders typischer Klauseln wesentlich zu einer Besserung der Verhältnisse beigetragen. Gleichwohl ist vor allem bei Instanzgerichten nach wie vor eine teilweise erhebliche Uneinheitlichkeit bei der Inhaltskontrolle von AGB festzustellen. Die Wirksamkeit der AGB-Rechtsprechung wird zusätzlich dadurch beeinträchtigt, daß die Entscheidungen nur für den Einzelfall wirken und weder den Verurteilten noch einen anderen Verwender rechtlich daran hindern können, eine mißbilligte Klausel in einem anderen Vertrag unverändert oder leicht abgewandelt erneut einzuführen. Allenfalls Entscheidungen des Bundesgerichtshofs oder gelegentlich auch der Oberlandesgerichte kommt insofern eine faktische Breitenwirkung zu, als ihre Erkenntnisse von Wirtschaftsverbänden und seriösen Unternehmen beachtet und bei der Überarbeitung ihrer AGB berücksichtigt werden. In neuester Zeit sind auch maßgebliche Spitzenorganisationen der Wirtschaft darum bemüht, ordnend auf

Inhalt und Verwendung von AGB einzuwirken. Diesem Zweck dient beispielsweise der von Spitzenverbänden der gewerblichen Wirtschaft gebildete Gutachterausschuß, dessen Aufgabe es ist, zu Streitfragen über AGB im kaufmännischen Bereich Stellung zu nehmen.

4. Rechtsvergleichend läßt sich feststellen, daß man dem Problem unlauterer AGB in anderen Industriestaaten ähnlich wie bisher in der Bundesrepublik Deutschland vor allem durch eine Verstärkung der richterlichen Inhaltskontrolle beizukommen versucht hat (vgl. Nachweise bei von Hippel, Verbraucherschutz 1974 S. 72). Besondere Regelungen finden sich vorerst im Ausland nur vereinzelt. Erwähnt sei hier vor allem Artikel 1341 Abs. 2 des italienischen Codice civile, wonach im einzelnen aufgeführte besonders gefährliche Klauseln in vorformulierten AGB nur wirksam vereinbart werden können, wenn der andere Vertragsteil sie ausdrücklich schriftlich bestätigt. Dieselben Anforderungen werden in Artikel 1342 Abs. 2 auch an die Vereinbarungen gefährlicher Klauseln durch Formularverträge gestellt. Eine kombinierte materiell- und verfahrensrechtliche Sonderregelung enthält auch das Israel Standard Contracts Law von 1964, durch das Unternehmen die Möglichkeit geboten wird, ihre AGB freiwillig einer aus einem Richter und zwei Laienbeisitzern bestehenden Prüfstelle vorzulegen. Dieses Entscheidungsgremium hat gesetzlich enumerierte „einschränkende Klauseln“ unter Berücksichtigung des Standardvertrages in seiner Gesamtheit sowie aller Umstände darauf zu überprüfen, ob sie für den Kunden gefährlich sind oder ob sie dem Lieferanten einen unbilligen Vorteil gewähren, der geeignet ist, den Kunden zu schädigen. Bei Anerkennung der „einschränkenden Klauseln“ hat der betreffende Unternehmer dies auf seinen Vertragsformularen anzugeben; seine AGB sind dann der sonst bestehenden richterlichen Inhaltskontrolle für die Dauer von längstens fünf Jahren entzogen (vgl. Quittnat, Das Israeli Standard Contracts Law, JZ 1973, 766 ff.). Anderwärts finden sich gesetzliche Regelungen, die generell gegen unbillige Vertragsbedingungen gerichtet sind, gleichgültig ob sie sich in AGB oder in Einzelvereinbarungen finden. So kann nach dem schwedischen Gesetz über das Verbot unbilliger Vertragsbedingungen vom 30. April 1971 das Marktgericht einem Gewerbetreibenden die künftige Verwendung bestimmter Vertragsbedingungen untersagen, die er beim Anbieten von Waren oder Dienstleistungen dem Verbraucher für den Privatgebrauch stellt, sofern sie im Hinblick auf die Vergütung und die sonstigen Umstände gegenüber dem Verbraucher als unbillig anzusehen sind. Entsprechendes gilt, wenn der Gewerbetreibende dem Verbraucher die Vermietung beweglicher Sachen für den Privatgebrauch anbietet. Der Verbotsantrag wird vom Verbraucherbeauftragten oder, wenn dieser keinen Antrag stellt, von einem Zusammenschluß von Gewerbetreibenden, Verbrauchern oder Arbeitnehmern gestellt. Fälle von geringerer Wichtigkeit kann der Verbraucherbeauftragte dadurch erledigen, daß derjenige, von dem zu vermuten ist, unzulässige Vertragsbedingungen gestellt zu haben, sich einer

„Verbotsauferlegung“ des Verbraucherbeauftragten unterwirft.

In den USA versagen die Gerichte in einer wachsenden Zahl von Fällen Freizeichnungsklauseln wegen Verstoßes gegen die „public policy“ ihre Anerkennung. Dieser Trend wird durch den Uniform Commercial Code (UCC) gefördert, den inzwischen außer Louisiana alle Gliedstaaten angenommen haben. § 2 — 302 UCC ermächtigt den Richter ausdrücklich zur offenen Kontrolle unbilliger Klauseln. Die Vorschrift richtet sich hauptsächlich gegen unlautere Formularbedingungen, ist freilich nicht auf diese beschränkt. In der Praxis haben sich — entgegen ursprünglichen Befürchtungen hinsichtlich einer Gefährdung der Rechtssicherheit — bereits eine Reihe von Fallgruppen und Gesichtspunkten herausgebildet, die der Generalklausel festere Konturen geben (vgl. von Hippel in Rabels Zeitschrift 1969, 564).

Auf dem Hintergrund des auch international bedeutsamen Problemkreises der AGB und nur vereinzelter Sonderregelungen in den nationalen Rechtsordnungen hat die beratende Versammlung des Europarates am 17. Mai 1973 in einer Entschließung einen besseren Schutz der Verbraucher gegenüber AGB gefordert. In einem Expertenkomitee befassen sich Vertreter der Mitgliedstaaten des Europarates seit November 1973 speziell mit dieser Frage. Ziel dieser Beratungen ist die Ausarbeitung einer Empfehlung an die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten.

5. Die rechtspolitische Diskussion über die Notwendigkeit, das Recht der AGB gesetzlich zu regeln, spannt sich in einem weiten Bogen von der bereits erwähnten bahnbrechenden Arbeit Ludwig Raisers im Jahre 1935 bis hin zum 50. Deutschen Juristentag im Jahre 1974. Waren in den 30er Jahren zunächst erst die Grundprobleme der Verwendung von AGB analysiert worden, so folgten in den 50er und 60er Jahren gründliche Einzeluntersuchungen, vor allem über die materiellen Grundlagen einer gerichtlichen Inhaltskontrolle von AGB (vgl. z. B. Ludwig Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in Juristentagsfestschrift 1960, S. 101 ff.; Mroch, Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen 1960), wirtschaftswissenschaftliche Analysen der AGB (vgl. insbesondere Kliege, Rechtsprobleme der AGB in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse 1966) und rechtsvergleichende Untersuchungen (vgl. richterliche Kontrolle von AGB, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Bd. 41 (1968) mit Beiträgen von Hauss, Neumayer, L. Raiser, Yadin u. a.). In den letzten fünf Jahren hat die rechtspolitische Diskussion um die AGB einen unerhörten Aufschwung genommen und zu einer kaum noch überschaubaren Flut rechtspolitischer Publikationen und Äußerungen zu diesem Problem geführt. Dabei fällt auf, daß anders als in früheren Jahren ein wesentlicher Schwerpunkt der Diskussion die Forderung nach einer verfahrensrechtlich institutionalisierten Verbesserung der Kontrolle von AGB geworden ist. In ihrem Bericht zur Verbraucherpolitik vom 18. Oktober 1971 hat die Bundesregierung auf die Notwendigkeit eines wirksamen Schutzes der Verbraucher gegenüber unangemessenen Vertragsbedingungen hingewiesen und eine aufmerksame Unter-

suchung dieser Fragen angekündigt (Bundestagsdrucksache VI/2724, S. 8). Auch der Bundesrat forderte in seiner Stellungnahme vom 9. Februar 1972, daß die Prüfung der Probleme des Verbraucherschutzes im Zusammenhang mit der Verwendung von AGB mit größtem Nachdruck vorangetrieben werden sollten (Bundesratsdrucksache 568/71). Noch im gleichen Jahr hat der Bundesminister der Justiz eine Sachverständigengruppe mit dem Auftrag berufen, Lösungsvorschläge zur gesetzlichen Regelung des Rechts der AGB zu erarbeiten (vgl. unten Nr. 6).

In der nachfolgenden Zeit haben die politischen Parteien sich der AGB-Problematik mit Nachdruck angenommen. So befaßte sich im Mai 1972 der rechtspolitische Kongreß der SPD in Braunschweig mit diesem Thema und sprach sich mehrheitlich für eine vorherige Genehmigungspflicht für alle zur Verwendung im Rechtsverkehr bestimmten AGB aus (vgl. Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, 1972 S. 73 f.). Diese Forderung machte sich auch der SPD-Parteitag 1973 in Hannover zu eigen. Die Fachkommission „Verbraucherschutz“ des Bundesarbeitskreises Christlich-Demokratischer Juristen legte im August 1974 den Entwurf für ein Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor (abgedruckt im Betriebsberater, Beilage 9/1974 zu Heft 26/1974), der die Grundlage für den am 31. Januar 1975 von der Bundestagsfraktion der CDU/CSU eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen bildete (Bundestagsdrucksache 7/3200). Der Bundesausschuß für Wirtschaftspolitik der FDP hat sich Anfang 1975 gleichfalls mit den AGB-Problemen befaßt und sich für eine besondere Klage der Wirtschafts- und Verbraucherorganisationen gegen die Verwendung unzulässiger AGB sowie für die den Wirtschafts- und Verbraucherverbänden zu bietende Möglichkeit ausgesprochen, in einem paritätisch besetzten Gremium unter einem neutralen Vorsitz gemeinsam Muster für AGB aufzustellen.

Auch außerhalb der politischen Parteien und der Rechtswissenschaft hat die rechtspolitische Diskussion um eine gesetzliche Regelung des Rechts der AGB eine bemerkenswerte Resonanz gefunden. In diesem Zusammenhang sind besonders hervorzuheben der von der Angestelltenkammer Bremen zur Diskussion gestellte „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung vorformulierter Verträge“ (Der Skandal des Kleingedruckten, Bremen 1973), der von der Arbeiterkammer Bremen im Herbst 1973 veröffentlichte Entwurf für ein „Gesetz über die Genehmigungspflicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ und die Empfehlung des Verbraucherbeirates beim Bundesminister für Wirtschaft an die Bundesregierung vom 5. Oktober 1973, den Schutz der Verbraucher gegenüber AGB der anbietenden Wirtschaft rasch und durchgreifend zu verbessern, sowie die zur Erreichung dieses Ziels unterbreiteten Vorschläge.

Nachdem bereits im Rahmen des 41. Deutschen Juristentages im Jahre 1955 ein Streitgespräch hervorragender Kenner dieser Materie dem Thema „Zulässigkeit und Wirkung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ gewidmet war, stellte der im Septem-

ber 1974 in Hamburg veranstaltete 50. Deutsche Juristentag mit der Fragestellung „Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?“ einen besonderen Markstein und Höhepunkt in der jahrzehntelangen Erörterung dieser Problematik dar. Mit 328 : 17 : 27 Stimmen hat der 50. DJT die Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen zur Regelung des Rechts der AGB bejaht. Weitere Beschlüsse des DJT gehen dahin,

- für die gesetzliche Regelung den Gedanken leitend sein zu lassen, daß die Vertragsgestaltungsfreiheit nicht durch die Verwendung unangemessener AGB mißbraucht wird,
- die Regelung in ihrem persönlichen Anwendungsbereich grundsätzlich unbeschränkt sein zu lassen vorbehaltlich sachlich gebotener Zusatzregelungen zum Schutze der Endverbraucher,
- für die Inhaltskontrolle von AGB in Anlehnung an die Aufteilung in dem — damals bereits vorliegenden — Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz
 - a) einen Katalog stets unzulässiger Klauseln aufzustellen,
 - b) einen Katalog von Klauseln niederzulegen, die im Regelfall unzulässig sind,
 - c) eine Generalklausel als Auffangtatbestand vorzusehen.

6. Zur Entstehungsgeschichte des vorliegenden Gesetzentwurfs ist folgendes zu bemerken:

Als bald nach der Ankündigung der Bundesregierung im verbraucherpolitischen Bericht vom 18. Oktober 1971, den mit einem wirksamen Verbraucherschutz gegenüber unangemessenen Vertragsbedingungen zusammenhängenden Fragen besondere Aufmerksamkeit zu widmen, wurden im Bundesministerium der Justiz vorbereitende Untersuchungen aufgenommen. Im Hinblick auf die Komplexität und Vielschichtigkeit der mit einer zukünftigen gesetzlichen Regelung verbundenen Auswirkungen auf alle Bereiche des wirtschaftlichen Lebens berief im Herbst 1972 der damalige Bundesminister der Justiz Gerhard Jahn aufgrund einer Vereinbarung mit den Justizministern und -senatoren der Länder sowie im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft und den Wirtschaftsministern und -senatoren der Länder eine Arbeitsgruppe aus Vertretern der Rechtswissenschaft, der Rechtsprechung, der Wirtschaft und der Verbraucherschaft sowie der Justiz- und Wirtschaftsressorts des Bundes und der Länder. Die Arbeitsgruppe wurde beauftragt, Wege und Lösungsmöglichkeiten zur Verbesserung des Schutzes des Letztverbrauchers vor unangemessenen und mißbräuchlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu erarbeiten. Nach rund einjähriger Tätigkeit legte diese Arbeitsgruppe am 26. März 1974 ihren Ersten Teilbericht vor, dessen Kernstück ein ausführlich begründeter Gesetzentwurf zur materiell-rechtlichen Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen war. Außerdem ent-

hielt der Erste Teilbericht bereits eine ausführliche Übersicht der bis dahin von der Arbeitsgruppe angestellten Überlegungen zur verfahrensrechtlichen Kontrolle von AGB. In einem am 18. März 1975 vorgelegten Zweiten Teilbericht hat die Arbeitsgruppe zwischenzeitlich in Form begründeter Thesen ihre verfahrensrechtlichen Vorschläge für eine AGB-Kontrolle unterbreitet.

Auf der Grundlage des in dem Ersten Teilbericht der Arbeitsgruppe enthaltenen Gesetzentwurfs wurde im Bundesministerium der Justiz unverzüglich ein Referentenentwurf erarbeitet (abgedruckt in „Der Betrieb“, Beilage Nr. 18/1974 zu Heft 29/1974), der im Juni 1974 den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft und Verbraucherorganisationen sowie den beteiligten Ressorts des Bundes und der Länder zur Stellungnahme übermittelt wurde. Nach Eingang und Durcharbeitung der Stellungnahmen wurde Anfang 1975 rund 150 Verbänden der Wirtschaft und Verbraucher in mehreren Hearings Gelegenheit auch zur ausführlichen mündlichen Äußerung gegeben. Die in den schriftlichen und mündlichen Stellungnahmen vorgebrachten Hinweise, Empfehlungen und Einwände der Praxis sind bei der Überarbeitung des Entwurfs geprüft und, soweit dies im Interesse sachgerechter und ausgewogener Lösungsvorschläge lag, berücksichtigt worden.

7. Das vorrangige rechtspolitische Ziel dieses Gesetzentwurfs liegt darin, bei der Verwendung von AGB im rechtsgeschäftlichen Wirtschaftsverkehr dem Prinzip des angemessenen Ausgleichs der beiderseitigen Interessen Geltung zu verschaffen, das nach den Grundvorstellungen des Bürgerlichen Gesetzbuches die Vertragsfreiheit legitimiert; denn deren Funktion besteht darin, durch freies Aushandeln von Verträgen zwischen freien und zur rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung fähigen Partnern Vertragsgerechtigkeit zu schaffen. Der Gesetzentwurf beabsichtigt demzufolge nichts anderes als die durch eine ungehemmte Entwicklung im Bereich der AGB gestörte Funktion des privaten Vertragsrechts wiederherzustellen.

Die auf dieses rechtspolitische Ziel ausgerichteten Regelungsvorschläge des Gesetzentwurfs gehen von der Überlegung aus, daß derjenige Vertragsteil, der seine eigenen AGB in das einzelne Rechtsgeschäft einbringt, gegenüber dem anderen Vertragsteil stets einen organisatorischen Vorsprung hat insofern, als das eingebrachte Klauselwerk das in sich abgeschlossene Ergebnis einer sorgfältigen Analyse der wirtschaftlichen Geschäftsrisiken ist, deren mögliche rechtliche Konsequenzen durch die in den AGB getroffenen Bestimmungen bereits im voraus juristisch bewältigt und — soweit nachteilig — in aller Regel von dem Verwender abgewendet werden. Schon allein dieser organisatorische Vorsprung der vorgefertigten Vertragsgestaltung, deren rechtliche Tragweite der mit ihr konfrontierte andere Vertragsteil zumeist nicht voll zu überblicken vermag, schafft Überlegenheit; nicht selten wird sie aber noch dadurch verstärkt, daß der Vertragspartner, der sich den AGB unterwerfen soll, wirtschaftlich schwächer oder intellektuell unterlegen ist.

Aufgabe eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der AGB muß es daher sein, die der Vertragsgestaltung vorgegebene Überlegenheit des AGB-Verwenders durch Schutzvorschriften zugunsten des AGB-Unterworfenen sachgerecht und vernünftig auszugleichen, ohne die Privatautonomie mehr als zur Erreichung dieses Zieles erforderlich einzuengen.

Zwei Regelungskomplexe, mit denen der Gesetzentwurf dieses Ziel zu erreichen versucht, seien an dieser Stelle besonders herausgestellt: Einmal die Vorschläge für die Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag (§§ 2 und 3 des Entwurfs), zum anderen die Vorschläge für die materiell-rechtlichen Maßstäbe, nach denen der sachliche Inhalt von AGB geprüft werden soll (§§ 7 bis 9 des Entwurfs).

a) Mangels besonderer gesetzlicher Vorschriften hat die Rechtsprechung — wie schon zuvor unter Nr. 3 angedeutet — gewisse Grundsätze zu der sogenannten „Geltungsvereinbarung“ oder „Einbeziehungsvereinbarung“ entwickelt. Damit sind die rechtlichen Voraussetzungen gemeint, die erfüllt sein müssen, damit AGB in einen konkreten Einzelvertrag einbezogen oder — anders ausgedrückt — Bestandteil eines Einzelvertrages werden. Die Anforderungen an die Einbeziehung sind im großen und ganzen sehr gering gehalten worden und bewegen sich zum Teil erheblich unterhalb der Schwelle, welche die §§ 145 ff. BGB ansonsten für das Zustandekommen vertraglicher Vereinbarungen aufstellen. So wird es teilweise für die Einbeziehung von AGB in den einzelnen Vertrag bereits für ausreichend erachtet, wenn der AGB-Unterworfene mit der Verwendung von AGB durch den anderen Vertragsteil hätte rechnen müssen, ohne zu widersprechen. Der grundsätzlich zu fordernde Verweis des Klauselverwenders auf seine AGB wird bei bestimmten Fallgestaltungen für entbehrlich gehalten, so etwa wenn die Verwendung von AGB branchenüblich ist oder einer Verkehrssitte entspricht. Demgegenüber will § 2 des Entwurfs sicherstellen, daß die Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag wieder fest auf dem Boden des nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch maßgeblichen rechtsgeschäftlichen Vertragswillens verankert wird, ohne dabei jedoch Anforderungen zu stellen, die entgegen der legitimen Rationalisierungsfunktion von AGB den Rechtsverkehr insbesondere bei Massengeschäften des täglichen Lebens unnötig behindern.

Entsprechendes soll nach § 3 des Entwurfs für sogenannte „überraschende Klauseln“ in AGB gelten. Auch wenn die AGB im übrigen nach § 2 in den Einzelvertrag einbezogen worden sind, sollen aus Gründen des Vertrauensschutzes solche Einzelklauseln nicht Vertragsbestandteil werden, mit denen der AGB-Unterworfene nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages unter keinen Umständen zu rechnen brauchte.

b) Den eigentlichen Schwerpunkt des Gesetzentwurfs bilden die im zweiten Abschnitt enthaltenen Vorschriften über unwirksame Klauseln (§§ 7

bis 9). Sie liefern die Maßstabnormen für den rechtlich zulässigen Inhalt von AGB-Klauseln. Sie gliedern sich in eine Generalklausel (§ 7), einen Katalog unzulässiger Klauseln mit Wertungsspielraum (§ 8) sowie einen Katalog unzulässiger Klauseln ohne Wertungsspielraum (§ 9). Die Generalklausel stellt den Grundsatz auf, daß Bestimmungen in AGB die Interessen der Vertragsbeteiligten nach den Geboten von Treu und Glauben angemessen ausgleichen müssen. Sie zeigt damit die für die inhaltliche Ausgestaltung von AGB maßgebliche Richtung an. Wie jede andere Generalklausel kann sie jedoch nicht für jeden Einzelfall eine so konkrete Aussage treffen, daß die Grenze des zulässigen Inhaltes von AGB-Klauseln in jedem Fall auch ohne Hilfe des Richters sicher und eindeutig bestimmt werden kann. Deshalb wird die Generalklausel durch die beiden Kataloge unzulässiger Einzelklauseln ergänzt, in denen die erfahrungsgemäß für unangemessene AGB typischen Einbruchsstellen des bürgerlichen Vertragsrechts abgedichtet werden sollen. Sie sollen durch klare und konkrete Verbote Rechtssicherheit für die AGB-Praxis schaffen, grobe Auswüchse schon im Vorfeld gerichtlicher Verfahren bekämpfen und Prozessen vorbeugen; sie sollen seriöse Verbände und Unternehmen in die Lage versetzen, ihre Klauselwerke selbst zu reinigen, und unseriöse Gewerbetreibende dazu veranlassen, die weitere Verwendung anstößiger Klauseln als riskant und sinnlos aufzugeben; dem Kunden sollen sie schließlich Rechtsklarheit geben, wenn er vor Gericht zieht oder gezogen wird. Der Unterschied beider Kataloge liegt in folgendem: Der Katalog des § 8 enthält Klauseln, die erfahrungsgemäß besonders häufig unangemessen sind, deren Wertung im Einzelfall jedoch gleichwohl ihre Angemessenheit ergeben kann. § 9 zählt demgegenüber solche Klauseln auf, die kraft gesetzgeberischer Wertung schlechthin als inhaltlich unangemessen zu verwerfen sind, ohne daß es noch einer wertenden Prüfung im Einzelfall bedarf. Die Generalklausel hat in diesem Zusammenhang die Aufgabe, solche unangemessenen Klauseln aufzufangen, die durch die Einzelverbote in den beiden Klauselkatalogen nicht erfaßt sind.

8. Außer den zuvor erläuterten Schwerpunkten sind in dem Entwurf folgende Regelungen vorgesehen:

In § 1 wird der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes durch Bestimmung der wesentlichen Kennzeichen von AGB gegenüber individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen abgegrenzt. Im Zusammenhang damit ist § 4 zu sehen, der in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung den Vorrang der Individualabrede gegenüber durch AGB getroffenen Vereinbarungen festlegt.

§ 5 trifft Bestimmungen über die Rechtsfolgen in solchen Fällen, in denen AGB ganz oder teilweise wegen Verstoßes gegen die §§ 2 und 3 nicht Vertragsbestandteil geworden oder wegen inhaltlicher

Unvereinbarkeit mit den Maßstabnormen der §§ 7 bis 9 unwirksam sind.

Ein besonderer Hinweis ist im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Vorschriften auf die Kaufleute nahegelegt. Die Vorschriften verstehen sich im wesentlichen als Ausprägung des die Rechtsordnung insgesamt beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben. Deshalb sollen die grundlegenden und übergreifenden Schutzvorschriften des Entwurfs für die Gesamtheit des bürgerlichen Vertragsrechts gelten. Mithin können die bei Rechtsgeschäften mit Kaufleuten verwendeten AGB nicht schlechthin außer Betracht bleiben, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß der Schutz der Verbraucher gegenüber unangemessenen AGB ein vorrangiges rechtspolitisches Anliegen ist. Zugleich muß jedoch beachtet werden, daß der kaufmännische Rechtsverkehr wegen der dort herrschenden Handelsbräuche, Usancen, Verkehrssitten und wegen der zumeist größeren rechtsgeschäftlichen Erfahrung der Beteiligten auf eine stärkere Elastizität der für ihn maßgeblichen vertragsrechtlichen Normen angewiesen ist als der Rechtsverkehr mit dem Letztverbraucher. Deshalb sind die in § 2 vorgesehenen Anforderungen an die Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag, die in den Klauselkatalogen der §§ 8 und 9 enthaltenen Einzelverbote sowie die Vorschrift des § 10 über den internationalen Geltungsbereich des Gesetzes speziell nur auf die Rechtsbeziehungen mit nicht kaufmännisch tätigen Vertragspartnern zugeschnitten; ihre unmittelbare Anwendung auf Kaufleute, mögen sie Minder- oder Vollkaufleute sein, wird deshalb in § 12 des Entwurfs ausgeschlossen.

In sachlicher Hinsicht werden Verträge auf bestimmten Rechtsgebieten (Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrecht) vom Anwendungsbereich des Gesetzes global ausgenommen (§ 11 Abs. 1 des Entwurfs), weil dort der Schutz des Gesetzes nicht erforderlich, angemessen oder systemgerecht erscheint. In den ausgenommenen Rechtsgebieten bleibt es für die Inhaltskontrolle vorformulierter Vertragsklauseln bei den bereits bisher anwendbaren Vorschriften. Daneben sind in § 11 Abs. 2 des Entwurfs einige sachlich bedingte punktuelle Einzelausnahmen vorgesehen. Im Hinblick auf die in § 11 Abs. 2 Nr. 2 und in § 16 Abs. 3 vorgeschlagenen Ausnahmen für Bedingungen über leitungsgebundene Versorgungsleistungen (Strom, Gas, Wasser und Fernwärme) ist auf die vorgesehene Ermächtigung des Bundesministers für Wirtschaft hinzuweisen, die Allgemeinen Versorgungsbedingungen für Strom und Gas (§ 14) sowie für Wasser und Fernwärme (§ 15) unter angemessener Berücksichtigung der Interessen der Versorgungsunternehmen und der Abnehmer durch Rechtsverordnung zu regeln.

9. Folgende Punkte, deren Regelung in der rechtspolitischen Diskussion vorgeschlagen worden ist, werden in diesem Gesetzentwurf nicht aufgegriffen: Nehmen beide Vertragsparteien — wie dies im kaufmännischen Verkehr häufig geschieht — jeweils auf ihre eigenen AGB Bezug, stellt sich die Frage, ob und inwieweit die AGB der einen oder anderen Seite gelten. Die Gründe, weshalb der Entwurf eine

Regelung dieser Frage nicht empfiehlt, ergeben sich aus der Einzelbegründung zu § 2.

Der Entwurf verzichtet ferner darauf, besondere Regeln für die Auslegung von AGB aufzustellen oder von der Rechtsprechung entwickelte Auslegungsregeln zu kodifizieren. Insbesondere der sogenannten Unklarheitenregel kommt trotz gelegentlicher Erwähnung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung heute nicht mehr die besondere Bedeutung zu wie in den Anfängen der richterlichen Inhaltskontrolle von AGB. Schon frühzeitig ist darauf hingewiesen worden, daß die Unklarheitenregel die Gefahr birgt, um des billigeren Ergebnisses willen dem wirklichen Tatbestand einen anderen unterzuschieben und damit die eigentliche Aufgabe der richterlichen Inhaltskontrolle undeutlich werden zu lassen (vgl. Ludwig Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, S. 269 f.).

Auch von der verschiedentlich vorgeschlagenen Aufnahme einer besonderen Umgehungsvorschrift in den Gesetzentwurf wird abgesehen. Versuchen, die in den Klauselkatalogen der §§ 8 und 9 enthaltenen Verbote zu umgehen, kann ohne Schwierigkeit mit Hilfe der Generalklausel des § 7 entgegengetreten werden. Auch die im ersten Abschnitt des Gesetzes enthaltenen allgemeinen Vorschriften der §§ 2 bis 4 lassen genügend Raum für eine sachgerechte Interpretation und bedürfen deshalb keiner Absicherung durch ein besonderes Umgehungsverbot. Dieses hätte danach im wesentlichen nur noch Bedeutung im Hinblick auf den Anwendungsbereich des Gesetzes (§ 1 des Entwurfs). Insoweit wäre ein Umgehungsverbot aber geeignet, Unsicherheit über den Anwendungsbereich des Gesetzes, insbesondere im Grenzbereich zwischen AGB-Klauseln und Individualabrede zu schaffen und eine sachgemäße, rechtsfortbildende Anwendung der Vorschriften des Gesetzes zu behindern.

10. Der Gesetzentwurf enthält lediglich eine materiell-rechtliche Regelung des Rechts der AGB, jedoch keine verfahrensrechtlichen Vorschriften für ihre Kontrolle.

In der rechtspolitischen Diskussion besteht Übereinstimmung darüber, daß zur vollen Entfaltung und wirksamen Durchsetzung der materiell-rechtlichen Vorschriften die Einführung besonderer Verfahrensvorschriften zur Kontrolle von AGB notwendig ist. Dem ist zuzustimmen. Vorschläge zur Einführung eines Kontrollverfahrens für AGB bleiben jedoch einem weiteren Gesetzentwurf vorbehalten. Dies aus folgenden Gründen: Der von dem Bundesminister der Justiz im Einvernehmen mit den Justizministern und -senatoren der Länder eingesetzten Arbeitsgruppe zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber AGB war u. a. die Aufgabe gestellt, auch Vorschläge zur verfahrensrechtlichen Regelung der Kontrolle von AGB zu erarbeiten (vgl. oben Nr. 6). Diese von der Arbeitsgruppe innerhalb eines Jahres erarbeiteten verfahrensrechtlichen Vorschläge sind in ihrem Zweiten Teilbericht enthalten, der am 18. März 1975 vorgelegt worden ist. Die Vorschläge bedürfen nunmehr der Überprüfung, um ausgereifte und sachlich brauchbare Verfahrensvorschriften für die Kontrolle von AGB zu schaffen.

Für die Übergangszeit bis zum Inkrafttreten einer besonderen Verfahrensregelung kann es hingenommen werden, daß AGB im Rahmen der herkömmlichen gerichtlichen Inzidentkontrolle geprüft werden, zumal die in diesem Entwurf vorgeschlagenen materiell-rechtlichen Vorschriften bereits aus sich selbst heraus Wirkung entfalten und zu einer Bereinigung der im Rechtsverkehr verwendeten Klauselwerke erheblich beitragen werden.

B. Erläuterung der einzelnen Vorschriften

Zu § 1 (Anwendungsbereich)

§ 1 bestimmt den Anwendungsbereich des Gesetzes und umschreibt den Begriff der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ (Absatz 1). Er stellt klar, daß im einzelnen ausgehandelte Vertragsbedingungen den Vorschriften des Gesetzes nicht unterliegen (Absatz 2). Der Anwendungsbereich muß weit genug sein, um alle typisierten Vertragsbestimmungen zu erfassen, bei denen mit Rücksicht auf den Schutz des Vertragsteils, dem diese Bedingungen gestellt werden, das Eingreifen des Gesetzes gerechtfertigt ist. Eingeschlossen sind daher auch die in der Literatur gelegentlich begrifflich unterschiedenen, rechtlich jedoch gleich zu behandelnden Formularverträge (Absatz 1 Satz 2). Mit der Legaldefinition des „Verwenders“ erleichtert es § 1, die jeweils maßgebliche Vertragspartei in den Vorschriften des Gesetzes einheitlich und kurz zu umschreiben. Absatz 2 stellt im Interesse der Erhaltung einer echten Parteiautonomie klar, daß zwischen den Parteien im einzelnen ausgehandelte Bedingungen den Schranken des Gesetzes nicht unterliegen, selbst wenn sie im übrigen die Merkmale der Begriffsbestimmung des Absatzes 1 aufweisen. Mithin können auch vorformulierte Klauseln einer Partei im Einzelfall Gegenstand und Ergebnis von Individualabreden sein. In solchen Fällen muß allerdings der Klauselverwender dartun und im Streitfall beweisen, daß und inwieweit die Bestimmungen entgegen dem äußeren Anschein ausgehandelt sind.

Zu Absatz 1

Satz 1 nennt die wesentlichen Merkmale, die den Begriff „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ kennzeichnen. Hierzu ist folgendes zu bemerken:

1. Es muß sich um Vertragsbedingungen handeln, „die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluß eines Vertrages stellt“. In der hierin zum Ausdruck gebrachten Einseitigkeit der Auferlegung liegt der innere Grund und Ansatzpunkt für die rechtliche Sonderbehandlung von AGB gegenüber Individualabreden. AGB werden zwischen den Vertragsparteien nicht ausgehandelt, sondern von einer Vertragspartei fertig in den Vertrag eingebracht. Der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, kann auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluß nehmen.

Die Einseitigkeit der Auferlegung ist mithin das wesentliche Charakteristikum von AGB.

Das Merkmal „Vertragsbedingungen“ bedeutet keine unerwünschte Einengung des Anwendungsbereichs; so haben beispielsweise auch schuldrechtliche Verzichtserklärungen in Ausgleichsquittungen vertraglichen Charakter. Durch die Bezugnahme auf den „Abschluß eines Vertrages“ wird zugleich klargestellt, daß beispielsweise Musterbedingungen in Formularbüchern oder in wissenschaftlichen Publikationen empfohlene Klauseln von den Regelungen des Entwurfs unberührt bleiben, solange nicht ihre einseitige Einführung in einen konkreten Vertrag in Frage steht.

2. Die Vertragsbedingungen müssen „für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert“ sein. Dem Merkmal der Einseitigkeit wird damit ein formales Kriterium zur Seite gestellt, das auf die über den Einzelvertrag hinausreichende, normenähnliche Typisierung der AGB hinweist. Typische praktische Beispiele der Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen sind gedruckte, vervielfältigte oder am Ort des Vertragsschlusses ausgehängte Geschäftsbedingungen.

Nicht erforderlich ist, daß die Bedingungen für eine „unbestimmte“ Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind. Dieses in der Rechtsprechung teilweise für notwendig gehaltene Erfordernis (vgl. z. B. BGHZ 33, 216, 218) würde den Anwendungsbereich des Gesetzes zu sehr einschränken. So würde etwa ein vorformulierter Kauf- oder Mietvertrag aus der Regelung ausgenommen werden, wenn er von vornherein für eine bestimmte Zahl von Kauf- oder Mietobjekten vorgesehen ist. Kriterium kann deshalb nur die Vielzahl sein; wann eine solche vorliegt, wird nach den Gegebenheiten des einzelnen Falles zu beurteilen sein.

Im Rahmen der materiell-rechtlichen Regelungen ist auch unerheblich, wer die Bedingungen vorformuliert hat. Dies wird häufig die Vertragspartei sein, die sie verwendet; doch sollen auch andere Fallgestaltungen erfaßt werden. Wenn die Bedingungen von einem Dritten empfohlen worden und sie von diesem für eine Vielzahl von Verträgen gedacht sind, so muß ihre Verwendung ebenso den Schranken des Gesetzes unterliegen.

Satz 2 führt zum besseren Verständnis des Anwendungsbereichs einige Fälle besonders auf, in denen bisherige Äußerungen in Rechtsprechung und Literatur Anlaß geben, etwa vorhandene Zweifel auszuräumen.

Zunächst muß unerheblich sein, ob die Bedingungen zum Gegenstand eines gesonderten Schriftstücks gemacht werden oder nicht. Deshalb soll das Gesetz gleichermaßen gelten, wenn die Bedingungen neben einer solchen Vertragsurkunde gesondert gedruckt werden und wenn sie in einem Vertragsformular niedergelegt sind. Damit sind vor allem auch die sogenannten Formularverträge erfaßt.

Auch auf den Umfang des Klauselwerkes soll es nicht ankommen. Zwar hat die Rechtsprechung gelegentlich (vgl. BGH Betriebsberater 1970, 1504) die Auffassung vertreten, daß eine einzige oder einige wenige ohne Schwierigkeiten verständliche Klauseln in formularmäßig vorbereiteten Verträgen den von der Rechtsprechung entwickelten Sonderregeln über AGB nicht unterworfen seien. Jedoch kann sich dieses Gesetz nicht darauf beschränken, nur solche Bedingungen einer Sonderregelung zu unterwerfen, die überraschend oder schwer verständlich sind. Es sollen auch Formulare erfaßt werden, die sich auf eine oder einige wenige Klauseln beschränken, wie z. B. der Aufdruck einer Eigentumsvorbehaltsklausel auf einem Bestellschein, Aufdrucke auf Fahrkarten oder Vollmachtvordrucke.

Ferner soll es, wie in Satz 2 ausdrücklich hervorgehoben, nicht auf die Schriftart ankommen. In der Literatur wird vereinzelt die Auffassung vertreten, daß AGB gedruckt sein müßten. Dieses Abgrenzungskriterium erscheint schon insofern nicht geeignet, als gedruckten Bedingungen zumindest vervielfältigte maschinenschriftliche Vertragsklauseln gleichgestellt werden müßten. Es sollte darüber hinaus aber auch, schon im Interesse der Verhinderung naheliegender Umgehungen, die Anwendung des Gesetzes nicht ausschließen, wenn Vertragsbedingungen handschriftlich vorformuliert sind. So kann es in den Fällen des Aushangs von AGB am Ort des Vertragsschlusses (z. B. Garderobe) nicht darauf ankommen, ob der Aushang gedruckt oder ob er maschinenschriftlich oder handschriftlich geschrieben ist; in jedem dieser Fälle sind die Bedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert. Dasselbe wäre z. B. anzunehmen, wenn ein Unternehmer Dutzende gewissermaßen auf Vorrat handschriftlich ausfertigen ließe. Allerdings wird die handschriftliche Abfassung zumeist auf eine Individualabrede hindeuten; jedoch kann diese Form den Richter in der Beurteilung nicht binden, mag sie auch ein wichtiges Anzeichen für eine Individualabrede sein.

Schließlich wird ausdrücklich hervorgehoben, daß die Form des Vertrages unbeachtlich ist. Es erscheint erforderlich, etwa auch notarielle Verträge der Inhaltskontrolle nach dem Gesetz zu unterwerfen; solche Verträge werden oft auf der Basis der von einer Partei vorformulierten Bestimmungen geschlossen. Zwar sind die Notare bestrebt, für ausgewogene Vertragsbestimmungen zu sorgen; hierzu gibt ihnen das Beurkundungsgesetz begrenzte Handhaben. Dadurch, daß die Vorschriften dieses Gesetzes gegebenenfalls auch auf notarielle Verträge anzuwenden sind, wird es den Notaren ermöglicht, noch stärker auf ausgewogene Vertragsbestimmungen hinzuwirken.

Die Praxis der Notare bringt es mit sich, daß bei Beurkundung häufig wiederkehrender Sachverhalte auf gebräuchliche, unter Umständen auch in Formularbüchern abgedruckte Muster zurückgegriffen wird. In der Verwendung eines solchen, im Einzelfall vom Notar vorgeschlagenen Musters kann nach den vorstehenden Erläuterungen kein Indiz dafür

gesehen werden, daß der beurkundete Vertrag die Qualität von AGB im Sinne des AGB-Gesetzes hat.

Zu Absatz 2

Absatz 2 grenzt den Anwendungsbereich des Gesetzes gegenüber den sog. Individualabreden ab. Wenn und soweit Vereinbarungen das Ergebnis einer selbstverantwortlichen Prüfung, Abwägung und möglichen Einflußnahme beider Vertragsseiten sind, sollen sie den Beschränkungen des Gesetzes auch dann nicht unterliegen, wenn im übrigen die Merkmale des Absatzes 1 gegeben sind. Dabei geht § 1 von folgender Verteilung der Darlegungs- und Beweislast aus:

Die Anwendung des AGB-Gesetzes setzt zunächst voraus, daß die Voraussetzungen des Absatzes 1 gegeben sind. Bestehen insoweit Zweifel, so hat, wer sich als AGB-unterworfenen Vertragsteil auf die Schutzvorschriften des Gesetzes berufen will, darzutun, daß die zur Beurteilung stehenden Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und von der anderen Vertragspartei in den Vertrag eingeführt worden sind. Dieser Beweis kann z. B. durch den Nachweis geführt werden, daß der andere Vertragsteil ein gedrucktes oder sonst vervielfältigtes Klauselwerk verwendet hat oder daß das im konkreten Fall von ihm verwendete Muster für eine Vielzahl von Verträgen dieser Art bestimmt ist. Spricht auf Grund solcher Anzeichen eine Vermutung für die Verwendung von AGB, so soll dem Verwender gleichwohl die Möglichkeit verbleiben, gegebenenfalls darzutun, daß einzelne oder sämtliche Vertragsbestimmungen („soweit . . .“) entgegen dem ersten Anschein ausgehandelt sind.

An dieses Vorbringen sind allerdings verschärfte Anforderungen zu stellen. Absatz 2 hebt dies durch die Worte „im einzelnen ausgehandelt“ besonders hervor. So wird beispielsweise das bloße Vorlesen umfangreicher und für den Kunden nicht leicht verständlicher Bestimmungen, verbunden mit der Erklärung des Verwenders, er sei bereit, mit dem Kunden hierüber zu verhandeln, in der Regel nicht ausreichen. Vielmehr setzt ein „Aushandeln“ namentlich bei risikoreichen Klauseln (wie z. B. der in den §§ 8 und 9 genannten Art) voraus, daß der Kunde eingehend und unmißverständlich über ihren Inhalt und ihre rechtliche Tragweite aufgeklärt wird (vgl. dazu OLG Stuttgart, NJW 1975, 262). Ferner ist der Nachweis, daß typisierte Klauseln gleichwohl ausgehandelt sind, grundsätzlich hinsichtlich jeder Einzelklausel eines Formulars zu führen („soweit“). Zahlreiche Einfügungen oder Änderungen in einem vorformulierten Text können im Einzelfall den Beweis erleichtern, daß das ganze Klauselwerk ausgehandelt ist. Andererseits ist eine Änderung des vom Klauselverwender ursprünglich vorgeschlagenen Wortlauts der Vertragsbestimmungen keineswegs Voraussetzung für die Annahme einer Individualvereinbarung. Der Rechtsprechung muß es überlassen bleiben, im Zweifelsfall zu entscheiden, ob und inwieweit der andere Vertragsteil trotz Verwendung eines Musters so viel Einfluß auf die Abmachungen genommen hat, daß diese als individuelle Abrede angesehen werden können.

Eine individuelle Vereinbarung kann nur angenommen werden, wenn sie „zwischen den Parteien“ des konkreten Vertrags ausgehandelt ist. Die Verwendung kollektiv, etwa auf Verbandsebene, ausgehandelter Musterbedingungen schließt deshalb die Anwendung des Gesetzes nicht aus.

Zu § 2 (Einbeziehung in den Vertrag)

Allgemeines

Eine Vorschrift über die Mindestvoraussetzungen, unter denen AGB Bestandteil des Einzelvertrages werden können, ist zum Schutze des Vertragspartners des Klauselverwenders und im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich. Soll sich die Verwendung von AGB auf dem Boden des Vertragsrechtes vollziehen und demgemäß wenigstens dem Grundsatz nach an dem Erfordernis einer Willensübereinstimmung beider Vertragsparteien festgehalten werden, so ist es notwendig, daß der Verwender seine Bedingungen offenlegt und seinen Vertragspartner auf die beabsichtigte Einbeziehung hinweist. Nur so kann dieser die Tragweite seiner eigenen Erklärung ermessen und sich gegebenenfalls gegen unerwünschte oder sogar unbillige Bedingungen zu wehren versuchen. Die von der Rechtsprechung entwickelte Formel, daß AGB auch ohne Vereinbarung Vertragsinhalt werden, wenn der Kunde von ihrem Vorhandensein hätte wissen müssen, begründet demgegenüber die Gefahr „fahrlässiger Willenserklärungen“ des AGB-unterworfenen Vertragsteils und trägt jedenfalls dem Geschäftverkehr mit nicht handelsgewerblich tätigen Kunden nicht hinreichend Rechnung.

Die in § 2 festgelegten Mindestvoraussetzungen der Einbeziehung gelten gleichermaßen für die Fälle des schriftlichen, mündlichen und konkludenten Vertragsabschlusses. Ihre generalklauselartige Formulierung nimmt darauf Bedacht, den Geschäftverkehr nicht unnötig mit Formalien zu belasten. Die in der rechtspolitischen Diskussion vereinzelt erhobene Forderung, für die Einbeziehungsabrede grundsätzlich die Schriftform vorzuschreiben, greift der Entwurf deshalb nicht auf. Vom Anwendungsbereich des § 2 ausgenommen sind die Rechtsgeschäfte mit Kaufleuten und mit der öffentlichen Hand (vgl. § 12); insoweit wird auf die Begründung zu § 12 Bezug genommen. Der Entwurf sieht ferner von einer Regelung des vorwiegend im kaufmännischen Verkehr bedeutsamen Falles ab, daß beide Vertragsparteien auf einander widersprechende AGB Bezug nehmen. Die Rechtsprechung hat sich bisher ganz überwiegend bemüht, bei Bezugnahme beider Parteien auf ihre jeweiligen AGB nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 150 Abs. 2, §§ 151, 154, 155) zu entscheiden, ob und mit welchem Inhalt ein Vertrag zustande gekommen ist (vgl. etwa BGHZ 61, 282; BGH BB 1974, 1136). Auf diesem Wege kann für jeden Einzelfall ein befriedigendes Ergebnis erzielt werden. Allerdings bereitet in diesen Fällen die Feststellung, ob eine Vertragspartei etwa die abweichenden AGB der anderen konkludent angenommen hat, häufig Schwierigkeiten. Andererseits sollte die nach allgemeinen Grundsätzen

mögliche konkludente Annahme nicht schlechthin ausgeschlossen werden. Wenn etwa eine Partei bei ihrem Angebot formularmäßig auf die eigenen AGB Bezug nimmt, die andere im Entgegnungsschreiben ausdrücklich darauf hinweist, daß sie zum Vertragschluß nur bei Zugrundelegung ihrer eigenen AGB bereit ist, und die erste Partei daraufhin den Vertrag erfüllt, dürfte es eindeutig den Vorstellungen der Parteien entsprechen, daß die AGB der zweiten Partei Vertragsinhalt geworden sind. Auch die weitere Frage, ob in diesen Fällen bei teilweisem Dissens der Vertrag im übrigen wirksam bleiben soll, kann nicht generalisierend bejaht oder verneint werden. Schließlich erscheint es auch nicht sachgerecht, etwa entstehende Regelungslücken in solchen Fällen stets durch die gesetzlichen Vorschriften auszufüllen. Deshalb sollen die beim Zusammentreffen sich widersprechender AGB entstehenden Fragen weiterhin nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in einer den Besonderheiten des Einzelfalles gerecht werdenden Weise beurteilt werden.

Zu Absatz 1

Im einzelnen wird die Einbeziehung von AGB in den Vertrag an folgende Voraussetzungen geknüpft:

1. Dem Verwender obliegt es, den Vertragspartner bei Abschluß des Vertrages darauf hinzuweisen, daß der Vertrag unter Zugrundelegung bestimmter AGB abgeschlossen werden soll (§ 2 Abs. 1 Nr. 1). Dieser Hinweis kann je nach Art des Vertragsabschlusses mündlich oder schriftlich — etwa durch Aufdruck auf dem Bestellschein — geschehen, muß jedoch grundsätzlich „ausdrücklich“ sein. Hiervon kann auch bei fernmündlichem Vertragsabschluß keine Ausnahme gemacht werden, wenn dabei AGB einbezogen werden sollen. Nur dann, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsabschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich wäre, soll an Stelle eines ausdrücklichen Hinweises der „deutlich sichtbare Aushang am Ort des Vertragsabschlusses“ genügen. Gedacht ist hierbei an gewisse gleichmäßige und häufige Verträge des täglichen Lebens, bei denen AGB üblicherweise erwartet werden, ein ausdrücklicher Hinweis aber in der Praxis kaum möglich ist (z. B. Beförderungs- oder Bewachungsverträge, Parkhausbenutzung, Benutzung automatischer Schließfächer, Kleiderablage etc.). Von solchen Ausnahmefällen abgesehen soll aber stets ein ausdrücklicher Hinweis erfolgen; denn eine allgemeine Pflicht, bei Abschluß eines jedweden Vertrags etwa die Wände am Ort des Vertragsabschlusses nach ausgehängten AGB abzusuchen, besteht nicht. Für den Anwendungsbereich des § 2 kann etwa eine Verkehrssitte der Verwendung von AGB als alleiniger Geltungsgrund im Einzelfalle nicht anerkannt werden.
2. Als weitere Voraussetzung für die Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag wird in § 2 Abs. 1 Nr. 2 vorgeschrieben, daß der Klauselverwender dem anderen Vertragsteil die Gelegenheit ver-

schaft, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen. Was für den anderen Vertragsteil zumutbar ist, richtet sich nach den im Einzelfall gegebenen Umständen, z. B. nach Ort und Form des Vertragsabschlusses und den konkreten Informationsmöglichkeiten des Vertragspartners. Seiner Obliegenheit zur Kundbarmachung der Bedingungen wird der Verwender in jedem Falle genügen, wenn er dem anderen Vertragsteil den Wortlaut der Bedingungen bei Vertragsabschluß zuleitet oder übergibt. Bei schriftlichem Vertragsabschluß unter Abwesenheit ist dies weitgehend üblich und wird in der Regel auch erwartet werden können. Bei Vertragsabschluß in den Geschäftsräumen des Verwenders wird zumindest zu fordern sein, daß die betreffenden Bedingungen dort zur Einsicht aufliegen bzw. ausgehängt sind.

Zur Möglichkeit, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen, gehört es im übrigen auch, daß diese mühelos lesbar sind.

3. Ist der Vertragspartner des Verwenders in der geschilderten Weise auf die AGB hingewiesen und hat er die Möglichkeit, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, so genügt es, wenn sein Verhalten den Umständen nach als Einverständnis mit der Geltung angesehen werden kann (Absatz 1 letzter Halbsatz). Eine weitergehende Regelung, etwa das Erfordernis einer ausdrücklichen Erklärung des Einverständnisses, wäre unpraktikabel und liefe auf nutzlosen Formalismus hinaus.

Eine Besonderheit ergibt sich bei der Veräußerung von Inhaberschuldverschreibungen. Hier bestimmen sich die Rechte der jeweiligen Inhaber gegen den Aussteller, nachdem sie durch die erste Begebung geschaffen sind, ohne weiteres nach den Anleihebedingungen, ohne daß es insoweit der Wahrung der in § 2 genannten Voraussetzungen bedarf.

Zu Absatz 2

§ 2 Abs. 2 weist klarstellend auf die den Vertragsparteien gegebene Möglichkeit hin, für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften untereinander im voraus die jeweilige Geltung bestimmter AGB zu vereinbaren. Diese Möglichkeit bietet sich z. B. bei Eröffnung eines Bankkontos und in sonstigen Fällen der Aufnahme laufender Geschäftsbeziehungen an. Es versteht sich, daß im Falle einer derartigen Rahmenvereinbarung die betreffenden AGB ohne nochmalige Erwähnung in die späteren Einzelverträge einbezogen werden.

Da die Rahmenvereinbarung nach Absatz 2 auf die Ingeltungsetzung „bestimmter“ AGB gerichtet sein muß, kann sie nicht mit der Maßgabe geschlossen werden, daß künftigen Geschäften die AGB des Verwenders „in ihrer jeweils geltenden Fassung“ zugrunde liegen sollen. Will im Falle einer Rahmenvereinbarung der Verwender nachträglich veränderte AGB zugrunde legen, so hat dies durch eine Änderung der Rahmenvereinbarung zu geschehen.

Zu § 3 (Überraschende Klauseln)

Die Vorschrift bestimmt, daß gewisse überraschende Klauseln in AGB auch dann nicht Bestandteil eines Einzelvertrages werden, wenn in bezug auf das Klauselwerk als Ganzes die nach § 2 vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Einbeziehung erfüllt sind. Die in § 2 geregelte Einbeziehungsabrede hat nur den Charakter eines globalen Verweises auf und einer globalen Unterwerfung unter eine im einzelnen nicht ausgehandelte, typisierte Regelung, und der Vertragspartner des Verwenders wäre in aller Regel in seiner rechtsgeschäftlichen Verantwortungsfähigkeit überfordert, wollte man seiner auf Unterwerfung gerichteten Erklärung eine gleichermaßen strikte Bindungswirkung beimessen wie einer Erklärung, die auf den Abschluß eines ausgehandelten Vertrages gerichtet ist. Die in § 2 festgelegten, verhältnismäßig geringen Anforderungen sind für das Zustandekommen der Einbeziehungsabrede u. a. nur dann vertretbar, wenn der AGB-unterworfenen Vertragsteil darauf vertrauen kann, daß sich die einzelnen Regelungen im großen und ganzen im Rahmen dessen halten, was nach den Umständen bei Abschluß des Vertrages erwartet werden kann. Grundlage dieses Vertrauensschutzes ist der äußere Eindruck, den der Kunde z. B. aus dem Angebot und der Werbung des Unternehmers, aus dem Gegenstand des Geschäfts sowie aus Aufmachung, Anordnung und Schriftbild vertragskonstitutiver Urkunden in bezug auf den zu erwartenden Inhalt des Vertrages gewinnt. Sind AGB unter Berücksichtigung solcher Umstände des Einzelfalles ganz ungewöhnlich, so soll der Vertragspartner des Verwenders auf Grund der nur globalen Unterwerfungserklärung an sie nicht gebunden sein.

Eine Analyse der Rechtsprechung zeigt allerdings, daß dort das Merkmal „überraschend“ häufig unterschiedslos zusammen mit den Kriterien „unbillig“ und „unangemessen“ verwendet wird (vgl. z. B. BGHZ 54, 106/109). Dennoch hat es ganz unterschiedliche Bedeutung für die rechtliche Behandlung einer AGB, ob sie im Einzelfall als Vertragsbestandteil angesehen wird oder nicht. Nur im ersteren Falle stellt sich die Frage der inhaltlichen Angemessenheit, während bei Klauseln, die gar nicht Vertragsbestandteil geworden sind, sich eine Inhaltskontrolle für die Entscheidung des Einzelfalles erübrigt. Im Ergebnis bedeutet die Qualifizierung einer Klausel als „überraschend“ für den Vertragspartner des Verwenders einen zusätzlichen Schutz, weil er sich von einer solchen Klausel distanzieren kann, ohne ihre inhaltliche Unangemessenheit darzutun zu müssen.

Dem Überraschungsaspekt kommt auch von den tatsächlichen Gegebenheiten her eine eigenständige Bedeutung zu. So gibt es eine typische Gruppe von Fällen, bei denen versteckt in AGB zusätzliche Einzelpflichten oder ein zusätzliches Rechtsgeschäft begründet werden sollen, mit denen angesichts des Gegenstandes und Erscheinungsbildes des Vertrages nicht gerechnet werden kann. Zu denken ist etwa an Klauseln in Kaufverträgen, die die Erteilung eines Dauerauftrages zur Wartung der gekauften Sache (z. B. einer Blitzschutzanlage) oder zur Liefere-

rung zusätzlicher Waren (z. B. Kaffee beim Kauf einer Kaffeemaschine) zum Inhalt haben. In solchen Fällen sollte der Käufer, auch wenn der Preis für die zusätzliche Leistung günstig sein mag, zu der Inanspruchnahme derselben nicht verpflichtet sein. In einem Vertrag, der die Vermietung und Instandhaltung von Berufskleidung zum Gegenstand hat, rechnet der Kunde normalerweise nicht mit einer Klausel, wonach er nach Ablauf der Mietzeit zum käuflichen Erwerb der vermieteten Kleider verpflichtet sein soll. Auch sogenannte Folgegeschäfts-klauseln in Maklerbedingungen, nach denen der Auftraggeber nicht nur für den vermittelten Vertrag, sondern auch für etwaige spätere Geschäfte mit dem ihm zugeführten Vertragspartner provisionspflichtig werden soll, bilden Beispiele für überraschende Klauseln in dem hier erörterten Sinne. In einem Urteil vom 28. Februar 1973 (BGHZ 60, 243) hat der Bundesgerichtshof eine Folgegeschäfts-klausel (Differenzprovision bei späterem Ankauf des zunächst zur Miete vermittelten Objekts) wie folgt charakterisiert: „Das weniger bedeutsame Geschäft wird im Auftragschein wiedergegeben, das wichtigere Geschäft wird in den Geschäftsbedingungen verborgen“.

In Fällen dieser Art kommt es freilich entscheidend auf das „äußere Erscheinungsbild des Vertrages“ sowie auf die Umstände beim Abschluß an. Ist in den oben genannten Beispielen der Vertrag so deutlich als gemischter Vertrag aufgemacht und gekennzeichnet, daß dem Kunden sofort klar sein muß, daß er verschiedene Verpflichtungen nebeneinander eingeht, so können die Klauseln über das Anhangs- oder Folgegeschäft für ihn nicht überraschend sein. Damit wird insbesondere auch die Entwicklung neuer Vertragstypen nicht behindert. Entgegengewirkt wird vielmehr der Täuschung des AGB-Unterworfenen durch versteckte Modifizierungen des Vertrags, die mit der durch die Umstände bei Vertragsschluß begründeten Erwartung deutlich im Widerspruch stehen. Daß bei Beurteilung der Frage ob AGB überraschend sind, auch die Werbung des Klauselverwenders sowie die Aufmachung seines Angebots z. B. in Katalogen berücksichtigt werden kann, hat der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 18. Oktober 1973 (betreffend die Vermittlerklausel eines Reiseunternehmens, BGH NJW 1974, 37) deutlich herausgestellt. In dem entschiedenen Falle wurde, obwohl das Reiseunternehmen nur eine Einzelleistung vermittelte, der Vermittlerklausel die Anerkennung versagt, weil das Reiseunternehmen in seinen Prospekten den Eindruck erweckt hatte, es werde den angebotenen Aufenthalt in einem Ferienhaus als Eigenleistung erbringen.

§ 3 knüpft die Sanktion der Unbeachtlichkeit von AGB nicht ohne weiteres schon an die schlichte Feststellung der Unüblichkeit. Diese Sanktion soll vielmehr nur dann eingreifen, wenn eine AGB nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages „so ungewöhnlich ist, daß ein Kunde mit ihr nicht rechnen kann“. Das Überraschungsmoment muß sich also aus einer deutlichen Diskrepanz zwischen der durch die Umstände bei Vertragsschluß begründeten Erwartung des anderen Vertragsteils und dem tatsächlichen Inhalt der AGB

ergeben. Eine spezifizierte Aufzählung der Einzelumstände, die als Vertrauensgrundlage maßgeblich sein können, erscheint, wenngleich vielleicht wünschenswert, nicht möglich.

Bei aufsichtsbehördlich genehmigten AGB wie z. B. den für das Versicherungswesen, die Bausparkassen oder Kapitalanlagegesellschaften genehmigten Bedingungen bietet schon die der Genehmigung vorausgehende behördliche Kontrolle Gewähr dafür, daß die genehmigten Bedingungen als solche nicht überraschend sind. Finden sie Verwendung in einem Vertrag, der nach seinem äußeren Erscheinungsbild unter Zugrundelegung genehmigter Bedingungen der jeweils in Betracht kommenden Art geschlossen zu werden pflegt, so bleibt für die Anwendung des § 3 kein Raum. Eine andere Beurteilung erscheint allenfalls denkbar, wenn besondere, der Behörde nicht bekannt gewordene Umstände des Einzelfalles bei Vertragsabschluß dem Inhalt der Vertragsbestimmungen entgegengesetzte Erwartungen hervorrufen.

Zu § 4 (Vorrang der Individualabrede)

Die Vorschrift soll klarstellen, daß Vereinbarungen, die besonders für einen bestimmten Einzelvertrag getroffen werden, durch inhaltlich abweichende AGB nicht zunichte gemacht oder ausgehöhlt werden können. In vielen Fällen wird der Vertrag zwar unter Verwendung vorformulierter Vertragsbestimmungen geschlossen, jedoch werden in Einzelpunkten auch schriftliche Vereinbarungen getroffen, die von den vorformulierten Klauseln abweichen. Daß bei solchen Widersprüchen die für den Einzelfall getroffene Regelung den Vorrang vor der formularmäßigen Bestimmung haben muß, scheint fast selbstverständlich. AGB können als typische Regelungen für eine Vielzahl von Fällen den Besonderheiten des Einzelfalles einschließlich etwaiger besonderer Wünsche einer individuellen Vertragspartei naturgemäß nicht Rechnung tragen. Regeln die Parteien eines Einzelvertrages eine Frage abweichend von dem Schema, das die eine Vertragspartei gewöhnlich verwendet, so hat das Schema insoweit gegenüber der speziellen Vereinbarung zurückzutreten.

Die Bedeutung der in § 4 festgelegten Regel sei anhand folgender Beispiele erläutert:

- Ist beispielsweise auf der Vorderseite eines Bestellscheins festgehalten, „Liefertermin 1. Juli 1974“, während eine vorformulierte Klausel auf der Rückseite bestimmt, „der umseitig angegebene Liefertermin ist unverbindlich“, so soll nach der vorgeschlagenen Regel der 1. Juli 1974 als verbindlicher Liefertermin vereinbart sein.
- In dem der Entscheidung BGHZ 49, 84/87 zugrunde liegenden Falle hatte ein Grundstückseigentümer einen Makler mit dem Verkauf seines Anwesens beauftragt. Das verwendete Vertragsformular des Maklers war auf einen Alleinauftrag zugeschnitten, jedoch wurde handschriftlich ein Passus eingeführt, aus dem sich eindeutig ergab, daß der Auftraggeber freibleiben sollte, das Anwesen auch direkt oder über einen anderen Makler zu veräußern. Als der Auftrag-

geber das Anwesen über einen anderen Makler veräußerte, verlangte der zuerst beauftragte unter Berufung auf die im Auftragsformular vorgegedruckte Alleinauftragsklausel eine Verkaufsprovision. Der Bundesgerichtshof wies die Klage im Hinblick auf die handschriftlich eingefügte Bestimmung ab.

Der Grundsatz des § 4 gilt auch für mündlich getroffene Sondervereinbarungen. Häufig werden dem Vertragspartner des Verwenders mündliche Zusagen gemacht, die von erheblicher Bedeutung sind und ohne die er den Vertrag nicht abschließen würde. Im Streitfall ist der Beweis solcher Sondervereinbarungen meist schwierig. Dessen ungeachtet soll jedoch auch für mündliche Sondervereinbarungen der Grundsatz gelten, daß sie durch inhaltlich abweichende AGB nicht zunichte gemacht werden können, sondern Vorrang vor diesen haben.

Eine zusätzliche Schwierigkeit für die Vertragspartei, die sich auf eine mündliche Abrede berufen will, bilden sog. Schriftformklauseln, die in AGB häufig und in verschiedenen Varianten zu finden sind, z. B.:

— Nebenabreden bedürfen unserer ausdrücklichen schriftlichen Bestätigung.

Für den Bereich der auf Seiten des Kunden nicht in Ausübung einer Erwerbs- oder Berufstätigkeit abgeschlossenen Verträge werden in § 9 Nr. 17 i. V. m. § 11 Abs. 2 Nr. 6 formularmäßige Schriftformklauseln dieser Art für unwirksam erklärt (siehe Begründung zu § 9 Nr. 17).

Wird der Abschluß des Vertrages durch einen Gehilfen des Klauselverwenders angebahnt, so dienen Schriftformklauseln häufig auch dem Zweck, den Gehilfen an der Überschreitung seiner Vertretungsmacht zu hindern. Die Frage, ob und inwieweit der Abschlußgehilfe in solchen Fällen Vertretungsmacht hat, wird jedoch durch den in § 4 festgelegten Vorrang der Individualabrede ebenso wenig berührt wie die Wirkung etwaiger Schriftformklauseln.

Zu § 5 (Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit)

Die Vorschrift regelt Fragen, die sich in bezug auf den Vertrag ergeben, wenn AGB nach den Vorschriften des Gesetzes entweder nicht Vertragsbestandteil werden (§§ 2 und 3) oder unwirksam sind (§§ 7 bis 9).

Als Grundsatz will die Regelung den Vertrag bei Unwirksamkeit einzelner AGB-Klauseln und selbst der AGB insgesamt in größtmöglichem Umfang aufrechterhalten. Das entspricht nicht nur dem regelmäßigen Parteiwillen, sondern auch dem Sinn und Zweck der richterlichen Inhaltskontrolle, Auswüchse in den AGB auf ein vertretbares Maß zurückzuführen, im übrigen aber den Bestand des Vertrages einschließlich der unbedenklichen AGB-Klauseln zu erhalten, ohne auf § 139 Abs. 1 BGB zurückgreifen zu müssen. Dem Vertragspartner des Verwenders wäre wenig damit gedient, wenn er bei erfolgreicher Beanstandung einer ihn betreffenden unangemessenen Klausel damit rechnen müßte,

daß dadurch der gesamte Vertrag in Frage gestellt wird und er sich gegebenenfalls auf eine Rückabwicklung nach Bereicherungsgrundsätzen — mit dem Risiko des § 818 Abs. 3 BGB — verweisen lassen müßte.

Eine Vorschrift, die — im Gegensatz zu § 139 BGB — die grundsätzliche Aufrechterhaltung des Vertrages anordnet, muß auch angeben, wie die infolge der Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit von AGB entstehenden Regelungslücken zu schließen sind (vgl. dazu § 5 Abs. 2). Schließlich kann das Prinzip, wonach der Vertrag grundsätzlich aufrechtzuerhalten ist, nicht ausnahmslos durchgehalten werden; die Gesamtnichtigkeit des Vertrages soll nach der Regelung des § 5 allerdings nur in besonderen Ausnahmefällen angenommen werden dürfen (vgl. dazu § 5 Abs. 3).

Zu Absatz 1

In Absatz 1 wird zunächst geklärt, welchen Einfluß die teilweise oder völlige Unwirksamkeit oder Nichteinbeziehung von AGB auf den Bestand der übrigen Vertragsteile haben soll.

Nach § 139 BGB hat die Nichtigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts die Gesamtnichtigkeit zur Folge, wenn nicht — ausnahmsweise — anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Angewandt auf den Fall der Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen in AGB würde die Regel des § 139 BGB im Zweifel zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führen. Demgegenüber wird jedoch in der Rechtsprechung seit langem zutreffend die Auffassung vertreten, daß der dem Wortlaut nach anzuwendende § 139 BGB für den Fall der Unwirksamkeit von AGB nicht paßt. Die dem § 139 BGB zugrunde liegende Vermutung, bei teilweiser Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes stehe der hypothetische Parteiwille der Aufrechterhaltung des Geschäfts im Zweifel entgegen, ist bei Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen in AGB nicht begründet. Da AGB nicht im einzelnen ausgehandelt sind, kann auch nicht vermutet werden, ihr eventueller Fortfall sei für die Vertragsparteien so einschneidend, daß sie deshalb nicht mehr am Vertrag festhalten wollten. Vielmehr ist umgekehrt zu vermuten, daß jedenfalls bei teilweiser Unwirksamkeit von AGB der hypothetische Parteiwille auf die Aufrechterhaltung des Vertrages gerichtet ist. Dies findet eine Bestätigung darin, daß viele AGB als Schlußbestimmung eine ausdrückliche Fortgeltungsklausel enthalten, nach der bei Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen die anderen Bestimmungen verbindlich bleiben sollen (dazu Naendrup, „Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, 1966, S. 18 bis 27).

§ 5 Abs. 1 sieht vor, daß die von der Unwirksamkeit einzelner Klauseln nicht unmittelbar oder mittelbar betroffenen Vertragsteile grundsätzlich ohne Rücksicht auf einen hypothetischen Parteiwillen aufrechtzuerhalten sind. Damit wird den Interessen beider Vertragsparteien in angemessener Weise Rechnung getragen.

a) Der AGB-Unterworfenen ist im Regelfall, nachdem die ihn benachteiligende Klausel beseitigt ist, an

der Aufrechterhaltung des Vertrages interessiert. Zwar lehrt die Erfahrung, daß insbesondere bei Verträgen mit Dauerwirkung viele Schuldner — vor allem, wenn ihnen eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung mißlungen ist — versuchen, sich unter Berufung auf die teilweise Nichtigkeit der AGB und damit die angebliche Sittenwidrigkeit des Vertrages selbst von den ihnen lästig gewordenen Bindungen zu lösen. Ein derartiges Anliegen ist nicht schutzwürdig.

b) Anders kann die Interessenlage beim AGB-Verwender sein. Hier sind durchaus Fälle denkbar, in denen etwa ein Verkäufer oder Vermieter den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn er die Unwirksamkeit einer seiner Preiskalulation zugrunde liegenden Risikobeschränkung gekannt hätte. Gleichwohl erscheint es richtig, den AGB-Verwender mit dem Risiko, am Vertrag festgehalten zu werden, zu belasten.

Die in Absatz 1 vorgeschlagene Lösung, wonach der von der Unwirksamkeit nicht betroffene Teil des Vertrags grundsätzlich aufrechterhalten wird, paßt auch für die Fälle der ganzen oder teilweisen Nichteinbeziehung von AGB.

Zu Absatz 2

Dem Grundgedanken, daß der Vertrag mit einem von der Rechtsordnung gebilligten Inhalt aufrechterhalten bleibt, entspricht es, daß an die Stelle der mißbilligten Klauseln das durch sie verdrängte Gesetzesrecht tritt (BGH WM 1972, 770). Absatz 2 sieht deshalb vor, daß sich der Inhalt des Vertrages, soweit AGB unwirksam oder nicht Vertragsbestandteil geworden sind, nach den gesetzlichen Vorschriften bestimmen soll. Die Anwendung der gesetzlichen Regeln kann im Einzelfall selbstverständlich auch dazu führen, daß eine überraschende oder unbillige Klausel ersatzlos entfällt. In Fällen, in denen das dispositive Gesetzesrecht eine Regelung der gegenständlichen Fragen überhaupt nicht vorsieht, gestattet Absatz 2 die Ausfüllung der Regelungslücke „nach der Natur des Vertrages“. In einem ähnlichen Sinne ist im Schrifttum vorgeschlagen worden, daß bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung eine vom Richter zu schaffende sachgerechte Regelung an die Stelle der unwirksamen AGB treten solle (Mroch, Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, 1960, S. 54). An die „Natur des Schuldverhältnisses“ wird übrigens auch in § 269 Abs. 1 BGB angeknüpft.

Zu Absatz 3

Absatz 3 berücksichtigt gewisse Ausnahmefälle, in denen der Vertrag bei Wegfall von AGB nicht aufrechterhalten werden kann. Zu denken ist dabei in erster Linie an Fälle, in denen durch den Wegfall von Bedingungen etwa das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung so ungleichgewichtig wird, daß dem Vertragspartner das Festhalten am Vertrag schlechterdings nicht zugemutet werden kann. Die Frage, ob das Festhalten am Vertrag unzumutbar wäre, soll nicht etwa auf der Grundlage des nach Wegfall der Bedingungen verbleibenden Rumpfvertrages beurteilt werden, sondern unter Berücksich-

tigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Lückenausfüllung. Die Gesamtnichtigkeit des Vertrags ist ferner etwa in Fällen in Betracht zu ziehen, in denen die Aufrechterhaltung des Rumpfvertrages unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Lückenausfüllung dazu führen würde, daß der Vertrag gegenüber dem ursprünglichen Inhalt in seinem Kern verändert wird. Dies könnte z. B. bei Formularverträgen der Fall sein, bei denen die formularmäßigen Vertragsbedingungen gerade in ihrer Gesamtheit zu einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Benachteiligung des Kunden führen, und die, um dem Vertragswerk eine billigenwerte Gestalt zu geben, von Grund auf geändert werden müßten (vgl. BGHZ 51, 55 — Automatenaufstellungsvertrag).

Zu § 6 (Schranken der Inhaltskontrolle)

Die Vorschrift stellt sicher, daß die materiell-rechtlichen Maßstäbe für den Inhalt von AGB (§§ 7 bis 9) nur dort gelten, wo AGB dazu dienen, von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen zu treffen. Die Leistungsbeschreibung einschließlich etwaiger in AGB enthaltener Festlegungen des Entgelts unterliegen der Inhaltskontrolle demnach ebenso wenig wie AGB, die lediglich den Inhalt gesetzlicher Regelungen wiedergeben. Denn aufgrund der Inhaltskontrolle nach den §§ 7 bis 9 soll weder eine Kontrolle der Preise oder Leistungsangebote ermöglicht noch sollen Vorschriften anderer Gesetze modifiziert werden. Demgemäß haben spezialgesetzliche Vorschriften, die — wie beispielsweise das Versicherungsvertragsgesetz — für bestimmte Arten von Verträgen Regelungen treffen, die nach den §§ 8 oder 9 dieses Gesetzes unwirksam wären, für ihren Anwendungsbereich Vorrang vor dem AGB-Gesetz.

Zu § 7 (Grundsatz des angemessenen Interessenausgleichs)

Gegenüber den allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit sind für AGB verschärfte Inhaltschranken notwendig, weil der Verwender vorformulierter Vertragsbedingungen bei der Gestaltung des Vertragsinhaltes die Vertragsfreiheit regelmäßig für sich allein in Anspruch nimmt und den anderen Vertragsteil auf die bloße Abschlußfreiheit beschränkt. Deshalb soll derjenige, der das auf gegenseitigen Interessenausgleich gerichtete dispositive Gesetzesrecht für seine Rechtsgeschäfte allgemein außer Kraft setzen oder für gesetzlich nicht geregelte Sachbereiche allgemeine Regelungen aufstellen will, verpflichtet sein, dabei die Interessen der an dem Vertrag Beteiligten nach den Geboten von Treu und Glauben angemessen auszugleichen.

Der Gesetzentwurf versucht das Ziel eines angemessenen Interessenausgleichs u. a. dadurch zu erreichen, daß er in den Katalogen der §§ 8 und 9 bestimmte typische Klauseln schlechthin oder bei Unangemessenheit im Einzelfall für unwirksam erklärt. Jede kasuistische Regelung dieser Art muß jedoch lückenhaft sein. Deshalb wird den spezialisierten Verbotskatalogen in den §§ 8 und 9 in § 7

eine Generalklausel zur Seite gestellt, die den tragenden Prinzipien für die Angemessenheitskontrolle von AGB Ausdruck gibt. Die Generalklausel bildet ein Kernstück des Gesetzes. Im Verhältnis zu den §§ 8 und 9 erfüllt sie die Aufgabe einer allgemeinen Auffangvorschrift.

Ob eine Bestimmung in AGB die beiderseitigen Interessen angemessen ausgleicht, läßt sich oft nur unter Berücksichtigung der Art des konkreten Vertrags, der Beteiligten und der die jeweilige Klausel begleitenden Regelung beurteilen. Werden jedoch wesentliche Grundsätze einer gesetzlichen Regelung durch AGB nicht beachtet oder kardinale Rechte oder Pflichten in einer den Vertragszweck gefährdenden Weise eingeschränkt, so weist dies in der Regel darauf hin, daß ein angemessener Interessenausgleich nicht vorliegt (§ 7 Abs. 2).

Die in § 7 festgelegten Maßstäbe für die Inhaltskontrolle von AGB werden von der Rechtsprechung bereits jetzt weithin angewendet. Gleichwohl ist ihre gesetzliche Fixierung notwendig. Die Rechtsprechung zu den AGB wird zunehmend umfangreicher und damit unübersichtlicher; das Angemessenheitskriterium wird — je nach Lage des Einzelfalles — in vielfältiger, oft abweichender Form umschrieben. Das Fehlen spezieller gesetzlicher Vorschriften mag zudem dazu beigetragen haben, daß außerhalb der Rechtsprechung das Bewußtsein über die Grenzen der durch AGB gegebenen rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmöglichkeiten nur schwach entwickelt ist.

Zu Absatz 1

Nach dem in § 7 Abs. 1 verankerten Prüfungsmaßstab soll sich die Inhaltskontrolle von AGB nicht darauf beschränken, die mißbräuchliche Verfolgung einseitiger Interessen zu unterbinden, vielmehr soll weitergehend das positive Gebot eines angemessenen Ausgleichs der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien Richtschnur für die inhaltliche Ausgestaltung von AGB sein. Dafür ist die Überlegung maßgeblich, daß heute die meisten wichtigen Verträge unter Verwendung von AGB abgewickelt werden, es dem im Grundgesetz verankerten Prinzip des Sozialstaats jedoch wenig entsprechen würde, wenn die Masse dieser Rechtsgeschäfte mit Hilfe von AGB — gegebenenfalls bis zur Mißbrauchsgrenze — einseitig zum Nachteil des AGB-Unterworfenen gestaltet werden dürfte.

Die Angemessenheit von Bestimmungen in AGB ist allerdings „nach den Geboten von Treu und Glauben“ zu beurteilen. Damit wird an die Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle angeknüpft, die bisher auf der Grundlage des § 242 BGB entwickelt worden ist. Nach Treu und Glauben ist nicht jede für den Vertragspartner unbequeme oder nachteilige Gestaltung bereits unangemessen, vielmehr muß es sich um eine Benachteiligung von einigem Gewicht handeln. Bei Beurteilung einer bestimmten Einzelklausel wird häufig eine wertende Berücksichtigung anderer Vertragsbestimmungen notwendig sein. Ferner gebieten Treu und Glauben Rücksichtnahme auf die Eigenarten der Geschäftsbeziehungen, auf die bei den beteiligten Verkehrskreisen verankerten

Anschaungen von Recht und Gerechtigkeit oder auch auf den Lebensbereich, in dem die Vertragspartner tätig werden. So kann etwa eine Risikoverlagerung, die sich in einem Vertrag mit einem Letztverbraucher als unangemessene Benachteiligung des Kunden erweist, im kaufmännischen Geschäftsverkehr tragbar sein, weil sie dort im Zusammenhang mit einer Vielzahl vergleichbarer Geschäfte zwischen den Vertragsparteien zu sehen ist und durch Vorteile anderer Art ausgeglichen sein kann, die dem privaten Letztverbraucher bei einmaligem Vertragsabschluß nicht zuteil werden.

Eine nach Treu und Glauben zu berücksichtigende Eigenart des Vertrags kann beispielsweise darin liegen, daß der Klauselverwender neben dem eigenen geschäftlichen Interesse in besonderem Maße auf gemeinschaftliche Interessen dritter Vertragspartner Bedacht zu nehmen hat. Dies ist z. B. bei kollektiv ausgerichtetem Geschäftssystem (Versicherung, Bausparkasse), aber auch bei Verträgen über Versorgungsleistungen (Gas, Elektrizität) der Fall. In solchen Fällen müssen nach Treu und Glauben auch die schutzwürdigen Gesamtinteressen der Kunden des AGB-Verwenders Berücksichtigung finden. § 7 Abs. 1 schließt die Berücksichtigung der Höhe des Entgelts bei der Beurteilung der Angemessenheit von AGB nicht schlechthin aus. Der Klauselverwender wird sich aber nur unter besonderen, von ihm darzulegenden Umständen darauf berufen können, eine den anderen Vertragsteil benachteiligende Klausel werde durch einen besonders niedrigen Preis ausgeglichen. Dies gilt namentlich für Rechtsgeschäfte mit Letztverbrauchern. Ob und inwieweit der Preis für den anderen Vertragsteil günstig ist, läßt sich im Einzelfall nur schwer beurteilen. Auf die Kosten allein kann dabei nicht abgestellt werden, da der Preis in der Marktwirtschaft nicht nur Ersatz für Aufwendungen ist, sondern vor allem auch ein Indikator für die Knappheit der Ware. Hinzu kommt, daß die Höhe des Preises zumeist nicht in eine bestimmte Relation zu einzelnen ungünstigen Klauseln gesetzt werden kann.

Treu und Glauben verbieten es schließlich dem Klauselverwender, sich deshalb auf die Unwirksamkeit seiner eigenen AGB zu berufen, weil sie ihn — den Verwender — selbst unangemessen benachteiligten.

Zu Absatz 2

Absatz 2 soll die Inhaltskontrolle durch Angabe typischer rechtlicher Kriterien erleichtern, die gewöhnlich auf das Fehlen eines angemessenen Interessenausgleichs hinweisen. Ergibt sich bei einer AGB-Klausel, daß einer der Fälle des Absatzes 2 vorliegt, so kann die betreffende Bestimmung nur aus besonderen, ggf. vom Klauselverwender darzulegenden Gründen rechtlichen Bestand haben. Das in Absatz 2 Nr. 1 enthaltene Kriterium ist an die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die sog. Leitbildfunktion der geschriebenen und ungeschriebenen Normen des dispositiven Rechts angelehnt. Allerdings soll nicht jede mit einem Rechtsverlust für den Vertragspartner verbundene Abweichung vom dispositiven Recht mißbilligt werden. Eine solche Beurteilung soll einer AGB nur dann zuteil werden, wenn sie mit wesentlichen Grundsät-

zen der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Auch das in Absatz 2 Nr. 2 vorgesehene Kriterium ist durch die höchstrichterliche Rechtsprechung vorgezeichnet. So ist z. B. die Wirksamkeit von Freizeichnungsklauseln wiederholt unter Hinweis darauf verneint worden, daß der Klauselverwender sich mit ihnen einer Kardinalpflicht entziehen und den Vertrag seines Sinnes entleeren würde (vgl. z. B. BGH BB 56, 577, BGH VersR 66, 871 und BGHZ 49, 356 — jeweils die Stellung eines fahrtüchtigen Schiffes betreffend —; BGH NJW 71, 1036 — Überwachung des Einfüllens von Heizöl —; BGH NJW 69, 1708 — Pflichten bei Pkw-Ablieferungsinspektion). Werden solche kardinalen Pflichten oder Rechte durch AGB in einer Weise eingeschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, so sollen die betreffenden AGB nur unter besonderen Voraussetzungen rechtlichen Bestand haben.

Zu §§ 8 und 9 (Unzulässige Klauseln)

Allgemeines

Im Hinblick auf die Vielfalt von AGB und der durch sie geregelten Sachverhalte sind Generalklauseln wie in den §§ 2, 3 und 7 des Entwurfs zwar unverzichtbares Instrument der Einbeziehungs- und Angemessenheitskontrolle. Der damit erreichten Flexibilität stehen jedoch auch Nachteile gegenüber. Weiter Wertungsspielraum und die Möglichkeit verschiedener Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe schränken den praktischen Nutzen solcher Generalklauseln vor allem im außergerichtlichen Anwendungsbereich ein. Namentlich den Belangen des Letztverbrauchers, der den Weg vor die Gerichte aus vielerlei Gründen scheut, wird mit der eindeutigen Regelung wichtiger Einzelfragen häufig besser gedient sein als mit einer Generalklausel. Der Entwurf greift deshalb im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit in den §§ 8 und 9 konkreter bestimmte Klauseln und formularmäßige Gestaltungen auf, die für den AGB-unterworfenen Vertragsteil eine besondere Gefahr darstellen, weil sie ihn überraschen oder unangemessen benachteiligen. Die Auswahl der einzelnen Klauseln ist von der praktischen Bedeutung und der Klärungsbedürftigkeit für den Rechtsverkehr mit Letztverbrauchern bestimmt, wobei die Aufzählung wegen der Vielfalt der AGB naturgemäß nur exemplarisch sein kann.

Auf Rechtsgeschäfte zwischen Kaufleuten sind die §§ 8 und 9 nicht anwendbar (vgl. § 12 Satz 1). Die Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs zwischen Gewerbetreibenden der verschiedenen Produktions-, Vertriebs- und Leistungsstufen sind zu differenzieren, um sie in Ansehung der in den §§ 8 und 9 enthaltenen Detailregelungen mit den Anforderungen des Rechtsverkehrs mit dem Letztverbraucher auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen. Das schließt, wie § 12 Satz 2 ausdrücklich klarstellt, nicht aus, daß die Anwendung der Generalklausel (§ 7) im kaufmännischen Verkehr im Einzelfall auch dort zur Unwirksamkeit von AGB-Bestimmungen führen kann, die das Gesetz ausdrücklich nur im Zusammenhang mit

Verbrauchergeschäften verbietet. Den Kaufleuten sind juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtliche Sondervermögen in § 12 insoweit gleichgestellt.

In § 8 sind verschiedene Einzelverbote für die Ausgestaltung von AGB zusammengefaßt, denen gemeinsam ist, daß sie jeweils unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten („unangemessen“, „sachlich gerechtfertigt“, „unverhältnismäßig hoch“ etc.). Bei der Anwendung dieser Vorschriften muß also stets unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls abgewogen werden, ob die fragliche Vertragsklausel als unangemessen angesehen werden kann oder nicht. Die in § 8 zusammengefaßten Klauseln mit Wertungsspielraum sind Anwendungsfälle für typische gefährliche Einzelklauseln, bei denen die Gefahr eines gestörten Interessenausgleichs besonders naheliegt und eine Angemessenheitsprüfung geboten ist.

Demgegenüber sind die in § 9 zusammengefaßten Einzelverbote strikter Natur, weil hier die Unangemessenheit kraft gesetzgeberischer Wertung generell anzunehmen ist, so daß sich im Einzelfall jede weitere inhaltliche Prüfung erübrigt. Durch die Formulierung des einleitenden Satzes „... sind stets unwirksam“ soll zum Ausdruck kommen, daß die nachfolgend unter 17 Nummern aufgezählten, dem Kunden nachteiligen Gestaltungen in AGB in keinem Falle wirksam vereinbart werden können. Die hier zusammengefaßten absolut unzulässigen Klauseln stellen überwiegend Konkretisierungen des in der Generalklausel § 7 Abs. 2 enthaltenen allgemeinen Gedankens dar, d. h. es handelt sich bei den verbotenen Vertragsbestimmungen überwiegend um solche, die mit wesentlichen Grundsätzen der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren sind oder auf eine Aushöhlung von Kardinalpflichten und -rechten hinauslaufen.

Zu § 8 Nr. 1 (Annahme- und Lieferfristen)

Die Vorschrift soll den Kunden vor Klauseln in AGB schützen, die ihn im Zusammenhang mit Fristen für die Annahme des Vertragsangebots (1. Halbsatz) oder bei der Bestimmung von Liefer- oder sonstigen Leistungsfristen (2. Halbsatz) benachteiligen.

Annahmefristen

Nach § 147 Abs. 2 BGB ist der Antragende (i. d. R. der Vertragspartner des Verwenders) nur für begrenzte Zeit an sein Vertragsangebot gebunden; in Ansatz zu bringen sind insoweit die Beförderungszeit bis zum Empfänger des Angebots, eine angemessene Überlegungsfrist für diesen und die normale Laufzeit der Antwort. Demgegenüber sehen AGB häufig wesentlich längere Bindungsfristen, z. B. 5 oder 6 Wochen oder gar mehrere Monate vor (siehe dazu auch Neumann-Wedekind, „Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, dargestellt an Vertragsabschlußklauseln“, Diss. 1963, S. 97). Die Ausnützung der Gebundenheit des Antragenden zu anderen Zwecken als einer baldigen Entscheidung über die Annahme verstößt gegen Treu und Glau-

ben. In der einseitigen Gebundenheit des Antragenden liegt, auch wenn man dessen Interesse am Zustandekommen des Vertrags berücksichtigt, eine Vorleistung. Mit jeder Verlängerung der einseitigen Bindung des Antragenden verbessert sich die Stellung des Angebotsempfängers, während dem Antragenden die Dispositionsfreiheit genommen ist. In § 8 Nr. 1 ist deshalb ein Verbot „unangemessen langer Fristen“ für die Bindung des Antragenden vorgesehen. Eine striktere Fassung des Verbotes wie etwa die Beschränkung der Bindung auf eine bestimmte Anzahl von Tagen oder Wochen wäre wegen der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle nicht sinnvoll.

Nicht minder gefährlich als übermäßig lange Bindungen sind Klauseln, die es dem Kunden unmöglich machen, hinreichend bestimmt zu berechnen, wie lange er an sein Angebot (z. B. an die Bestellung einer Ware) gebunden ist. Beispiele hierfür sind Klauseln wie die folgenden: Der Kunde ist „bis zum Eingang einer sachlichen Antwort“ oder „bis zur Absendung der Annahmeerklärung innerhalb angemessener Frist“ an seine Bestellung gebunden. Solche Gestaltungen sollen nach § 8 Nr. 1 künftig ebenfalls unzulässig sein.

Lieferfristen

Bei der Gestaltung von Liefer- und sonstigen Leistungsfristen in AGB ist häufig die Tendenz spürbar, dem Klauselverwender großzügigen zeitlichen Spielraum für die Erbringung der geschuldeten Leistung zu verschaffen, während umgekehrt schon geringfügige Verzögerungen der vom Kunden geschuldeten Leistung (Zahlung) strenge Folgen nach sich ziehen sollen, Übermäßig lange Lieferfristen, wie sie beispielsweise in der Möbel- und Kfz-Branche auch bei Serienprodukten häufig vorkommen, behindern die Dispositionsfreiheit des Kunden, wenn ihm die gekaufte Ware nicht wie gewünscht zur Verfügung steht, er aber andererseits daran gehindert ist, sich anderweitig einzudecken. Ebenso schädlich sind nicht hinreichend bestimmte Lieferfristen wie z. B. die folgenden: „Lieferung so schnell wie möglich“; „Lieferung sofort nach Eintreffen der Ware am Lager“. Bei der zuletzt genannten, recht häufig verwendeten Klausel ist zumindest ein klarstellender Zusatz („etwa 4 Wochen“, „spätestens in zwei Wochen“) geboten. Die erwähnten Klauseln machen es dem Kunden außerordentlich schwer, wenn nicht unmöglich, den Lieferanten in Verzug zu setzen. Außerdem bergen sie auch die Gefahr, daß Obliegenheiten bei der Annahme nicht wahrgenommen und Schäden nicht fristgerecht gerügt werden, weil der Kunde sich nicht auf den — vorher nicht bestimmbar — Lieferzeitpunkt einrichten konnte. Es erscheint deshalb angebracht, im Rahmen des § 8 ausdrücklich auf übermäßig lange und nicht hinreichend bestimmte Lieferfristen als besonders wichtige Fälle eines fehlenden Interessenausgleichs hinzuweisen.

Zu § 8 Nr. 2 (Nachfrist)

Die Vorschrift soll das in § 8 Nr. 1 vorgesehene Verbot unangemessen langer Liefer- und Leistungs-

Wegen der aufgezeigten Gefahren ist es jedoch notwendig, die Möglichkeiten, einen Vorbehalt in AGB aufzunehmen, in verschiedener Hinsicht einzuschränken.

Zu Buchstabe a

Bei dem allgemeinen Leistungsvorbehalt, der es dem Klauselverwender ermöglicht, sich von seiner Leistungspflicht zu befreien, muß die sinnvolle Einschränkung dadurch erfolgen, daß er sich nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund vom Vertrag lösen darf. Als sachlich gerechtfertigt wird es z. B. anzusehen sein, wenn ein Reiseveranstalter sich vorbehält, eine bestimmte Reise nur bei Erreichen einer Mindestteilnehmerzahl durchzuführen. Es genügt allerdings nicht, daß der Schuldner lediglich allgemein einen Leistungsvorbehalt erklärt und sich später auf einen die Befreiung von der Leistungspflicht rechtfertigenden Grund beruft. Der Schutz des Kunden erfordert es vielmehr, daß der Grund, der seinen Vertragspartner zur Lösung vom Verträge berechtigen soll, bereits im Vertrag selbst angegeben ist. Nur dann kann der Kunde die Risiken, die sich aus dem Vorbehalt ergeben, abschätzen und sich mit seinen Erwartungen hierauf einstellen. So wie die Zulässigkeit eines sachlich gerechtfertigten Vorbehalts die Interessen des Klauselverwenders wahrt, muß andererseits den Interessen des Kunden dadurch Rechnung getragen werden, daß die Gründe, die zur Leistungsbefreiung führen können, bereits im Vertrag offengelegt werden.

Bei Dauerschuldverhältnissen, namentlich bei solchen auf unbestimmte Zeit, liegt es allerdings oft in der Natur des Vertrages, daß sie auch ohne besonderen Grund durch ordentliche Kündigung beendet werden können. Der Entwurf geht davon aus, daß bei Dauerschuldverhältnissen die ordentliche Kündigung als solche einen „sachlich gerechtfertigten Grund“ darstellt. Ist in solchen Fällen die ordentliche Kündigung in AGB geregelt, so wäre es wenig sinnvoll, zusätzlich noch die Angabe eines besonderen Grundes im Verträge zu verlangen. Auch die bei Dauerschuldverhältnissen in Betracht zu ziehende Kündigung aus wichtigem Grund eignet sich wenig für eine Regelung, bei der im vorhinein alle wichtigen Gründe kasuistisch aufgezählt werden. Dem trägt § 8 Nr. 3 Buchstabe a) Rechnung, indem Dauerschuldverhältnisse ausgenommen werden.

Zu Buchstabe b

Änderungsvorbehalte können den Kunden u. U. stärker belasten als ein allgemeiner Leistungsvorbehalt. Denn im Falle des Leistungsvorbehalts erhält er zwar nicht die versprochene Leistung, wird aber auch von seiner Zahlungspflicht frei, während ein zulässiger Änderungsvorbehalt ihn dazu nötigen kann, eine andere als die bestellte Leistung anzunehmen und den Preis dafür zu entrichten. Häufig treten in AGB ganze Bündel von Änderungsvorbehalten auf, die sich z. B. auf Material, Modell, Struktur, Maße und Farbe eines Gegenstandes beziehen. So muß der Kunde praktisch bis zur Lieferung befürchten, daß der gekaufte Gegenstand nicht seinen Vorstellungen entspricht. Soweit die geänderte Leistung einen

geringeren Wert darstellt, wird oft nicht einmal ein Preisnachlaß gewährt.

Nach § 8 Nr. 3 Buchstabe b soll daher der Vorbehalt einer Änderung eingeschränkt werden. Für den Kunden unzumutbare Änderungen sollen nicht möglich sein. Bei Beurteilung der Unzumutbarkeit sind die Interessen des Verwenders zu berücksichtigen. Eine Klausel, nach der der Vertragsgegenstand bei gleichbleibenden Preisen je nach dem Stand der Entwicklung in technisch verbesserter Form geliefert werden kann, wäre hiernach unbedenklich, ebenso wie geringfügige Farbabweichungen, die sich etwa bei der Möbelherstellung nicht stets vermeiden lassen.

Zu § 8 Nr. 4 (Abwicklung von Verträgen)

Nach § 9 Nr. 5 ist die Pauschalierung von Ansprüchen auf Schadensersatz oder Ersatz von Wertminderungen nur in bestimmten Grenzen zulässig. Im weiteren Zusammenhang damit müssen auch Klauseln gesehen werden, durch die der Verwender für den Fall des Rücktritts oder der Kündigung das entstehende Abwicklungsverhältnis durch Festsetzung unangemessen hoher Vergütungen einseitig zu seinen Gunsten gestaltet. Die gesetzlichen Vorschriften über die Abwicklung der beiderseitigen Leistungen und Aufwendungen im Falle des Rücktritts (§§ 346 ff. BGB, § 2 Abs. 1 AbzG) oder der Kündigung (§§ 628, 649 BGB) streben einen der jeweiligen Situation angemessenen Interessenausgleich an. So ist für die Überlassung der Benutzung einer Sache gemäß § 2 Abs. 1 AbzG und § 346 Satz 2 BGB der tatsächliche „Wert“ zu vergüten, nach der Rechtsprechung der übliche Mietzins. Wird ein Dienstverhältnis aus wichtigem Grund gekündigt, so kann der zur Dienstleistung Verpflichtete nach § 628 BGB grundsätzlich nur einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. Bei Kündigung eines Werkvertrages kann der Unternehmer nach § 649 BGB die vereinbarte Vergütung verlangen, muß sich jedoch ersparte Aufwendungen sowie anderweitig erlangten Erwerb anrechnen lassen. AGB, die in den genannten Fällen die Vergütung z. B. für die Überlassung der Benutzung einer Sache, für geleistete Dienste oder sonstige Leistungen oder auch den Ersatz für Aufwendungen unangemessen hoch ansetzen, sind geeignet, den anderen Vertragspartei von der Ausübung seines Rücktritts- bzw. Kündigungsrechtes abzuhalten und stellen ihn bei Rücktritt oder Kündigung unter Umständen schlechter als bei Erfüllung des Verträge. § 8 Nr. 4 erklärt deshalb einseitige Festsetzungen dieser Art für unwirksam. Danach werden beispielsweise Klauseln, die bei Festsetzung einer Nutzungsvergütung den üblichen Mietzins erheblich überschreiten, regelmäßig unwirksam sein. Unwirksam werden ferner z. B. AGB sein, die für den Fall der Kündigung eines Werkvertrages entgegen § 649 Satz 2 BGB stets einen Anspruch des Unternehmers auf volle Vergütung vorsehen (vgl. hierzu schon jetzt BGH BB 1970, 986; BGH NJW 1973, 1190).

Zu § 8 Nr. 5 (Rechtswahl)

Die Vorschrift stellt sicher, daß der nicht kaufmännisch tätige Vertragspartner in vorformulierten Vertragsbestimmungen nur dann ausländischem Recht unterworfen werden kann, wenn hierfür ein aner kennenswertes Interesse besteht. Die Vereinbarung der Geltung ausländischen Rechts benachteiligt den geschäftlich unerfahrenen Vertragspartner, weil er mit dem fremden Recht nicht vertraut ist, sich oft nur mit Schwierigkeiten hierüber Gewißheit verschaffen kann und möglicherweise durch das ausländische Recht weniger geschützt wird als durch das deutsche Recht. Schon nach geltendem Recht kann die Vereinbarung ausländischen Rechts für ein Schuldverhältnis die zwingenden Normen des inländischen Rechts dann nicht ausschalten, wenn es sich um ein reines Inlandsgeschäft handelt, das keine Beziehungen zum Ausland aufweist (vgl. BGH DB 1961, 433; NJW 1961, 1061; Palandt-Heldrich, BGB, 33. Aufl. 1974, Vorbem. 2 vor Art. 12 EGBGB). Im übrigen unterliegt die Rechtswahl jedoch grundsätzlich keinen Beschränkungen. Auch wenn der Vertrag nur eine geringe Auslandsbeziehung aufweist und seinen Schwerpunkt eindeutig im Inland hat, kann durch eine Rechtswahl der Parteien das deutsche Recht einschließlich seiner zwingenden Vorschriften unanwendbar werden. Nach § 8 Nr. 5 soll deshalb eine vorformulierte Rechtswahlklausel nur wirksam sein, wenn hierfür ein aner kennenswertes Interesse besteht. Hieran wird es in der Regel fehlen, wenn der Vertrag auf Grund einer im Inland entfalteten geschäftlichen Tätigkeit des Klauselverwenders zustande kommt und der im Inland ansässige Kunde seine Willenserklärung im Inland abgibt. Ausnahmsweise kann jedoch auch in solchen Fällen die Vereinbarung der Geltung ausländischen Rechts gerechtfertigt sein, etwa dann, wenn der Vertrag über ein im Ausland belegenes Grundstück oder ausländische Wertpapiere geschlossen wird. In solchen Fällen ist dann aber nur die Wahl des Rechtes des Landes gerechtfertigt, zu dem die besondere Beziehung besteht.

Das Verbot unangemessener Rechtswahlklauseln wird ergänzt durch die Regelung des § 10, nach der die Vorschriften des Gesetzes unter bestimmten Voraussetzungen auch bei Verträgen zu berücksichtigen sind, die ausländischem Recht unterliegen.

Zu § 9 (unzulässige Klauseln ohne Wertungsspielraum)

§ 9 enthält unzulässige Klauseln ohne Wertungsspielraum, bei denen die Unangemessenheit kraft gesetzgeberischer Wertung generell und ohne Abwägung im Einzelfall anzunehmen ist.

Zu § 9 Nr. 1 (Preiserhöhungsklauseln bei kurzfristigen Verträgen)

Die Vorschrift verbietet Preiserhöhungsklauseln bei Verträgen, die kurzfristig abgewickelt werden. Sie deckt sich in bezug auf die von dem Verbot erfaßten Entgelte weitgehend mit der Regelung in § 1

Absätze 1 und 5 der Verordnung über Preisangaben vom 10. Mai 1973 (Bundesgesetzbl. I S. 461), die sie jedoch insoweit ergänzt, als ein Verstoß gegen § 9 Nr. 1 der abweichenden Vertragsklausel die zivilrechtliche Wirksamkeit nimmt, während die Vorschriften der genannten Verordnung grundsätzlich nur für die Werbung und das Angebot des Unternehmers gelten und Verstöße lediglich als Ordnungswidrigkeit sanktioniert sind.

Vertragsbestimmungen, die bei gleichbleibenden Leistungen eine Erhöhung des zunächst vereinbarten Entgeltes vorsehen, ermöglichen entgegen dem Grundgedanken des „pacta sunt servanda“ einen nachträglichen einseitigen Eingriff in das ursprüngliche Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Der zahlungspflichtige Vertragsteil wird damit einem besonderen Risiko ausgesetzt. Hinzu kommt, daß die Möglichkeit nachträglicher einseitiger Preiserhöhung den Wert von Preisvergleichen bei Vertragsschluß relativiert und damit eine wesentliche Voraussetzung für das Funktionieren des Wettbewerbs beseitigt. Zum individuellen und kollektiven Schutz der Verbraucher ist deshalb eine die Wirkung der Vorschriften der Verordnung über Preisangaben ergänzende Einschränkung der Zulässigkeit von Preiserhöhungsklauseln notwendig.

Die vorgeschlagene Vorschrift hat Vertragsbestimmungen zum Gegenstand, welche „die Erhöhung des Entgelts . . . vorsehen“. Damit sind, soweit eine Erhöhung des Preises ermöglicht wird, Preisänderungsklauseln jeder Art gemeint, ohne daß es darauf ankommen soll, ob die Erhöhung etwa automatisch mit der Veränderung einer bestimmten Bezugsgröße eintreten soll (Indexklausel), ob bei Eintritt gewisser Voraussetzungen eine Neufestsetzung des Preises unter Wahrung eines gewissen Ermessensspielraumes vorgesehen wird (Preisbestimmungsvorbehalt) oder ob der Preis vom künftigen Preis oder Wert gleichartiger Güter abhängig gemacht wird (Spannungsklauseln).

Der Entwurf berücksichtigt, daß bei längerfristigen Schuldverhältnissen — namentlich in Zeiten beschleunigter Preissteigerung — ein aner kennenswertes Bedürfnis für die Anpassung von Entgelten gegeben sein kann. Das Verbot soll deshalb in Übereinstimmung mit der Regelung des § 1 Abs. 1 und 5 Verordnung über Preisangaben dann nicht gelten, wenn Liefer- oder Leistungsfristen von mehr als vier Monaten (nach Vertragsschluß) bestehen. Ferner sollen in Übereinstimmung mit § 1 Abs. 5 Satz 2 der Verordnung über Preisangaben Entgelte für Waren und Leistungen ausgenommen sein, die im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen geliefert oder erbracht werden. Damit sind z. B. Versicherungs-, Darlehens- und Gebrauchsüberlassungsverträge ausgenommen, desgleichen Sukzessivlieferungs- und Dienstverträge. Die Ausnahme der Tarife der in § 99 Abs. 2 Nr. 1 GWB genannten Verkehrsträger (Schiffahrts- und Fluglinienunternehmen bei grenzüberschreitender Beförderung) beruht auf der internationalen Verflechtung dieses Bereichs und deckt sich mit dem Anwendungsbereich der Verordnung über Preisangaben. Zur Wahrung der Einheitlichkeit des Preisgefüges sind auch die in

§ 99 Abs. 1 GWB bezeichneten, staatlich genehmigten Beförderungstarife ausgenommen.

Auch soweit das in § 9 Nr. 1 vorgesehene strikte Verbot nicht zum Zuge kommen kann, weil etwa die Leistung später als vier Monate nach Vertragschluß oder im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses erbracht werden soll, sind dem Vorbehalt der einseitigen Preiserhöhung im AGB durch die Generalklausel des § 8 Grenzen gesetzt. Die Eröffnung der Möglichkeit, ein Entgelt willkürlich oder nach freiem Ermessen des Klauselverwenders zu erhöhen, genügt in keinem Falle dem Gebot eines angemessenen beiderseitigen Interessenausgleichs. Vielmehr wird grundsätzlich verlangt werden müssen, daß Preiserhöhungen nur für den Fall einer Änderung der bei Vertragsschluß vorliegenden Verhältnisse vorgesehen werden, daß ihr Ausmaß in einem angemessenen Verhältnis zu der eingetretenen Änderung steht und daß die maßgebenden Umstände nach Möglichkeit im voraus genau bezeichnet werden. In vielen Fällen, insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen, wird es im Interesse des zahlungspflichtigen Vertragsteils geboten sein, diesem für den Fall der Erhöhung des Entgelts ein Kündigungsrecht einzuräumen.

Zu § 9 Nr. 2 (Leistungsverweigerungsrecht und Zurückbehaltungsrecht)

§ 9 Nr. 2 soll den Vertragspartner des Verwenders davor schützen, daß ihm die Rechtsausübung durch Ausschluß oder Beschränkung des gesetzlichen Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrechts unangemessen erschwert wird.

Rechtsprechung und Schrifttum halten den formularmäßigen Ausschluß von Zurückbehaltungs- und Leistungsverweigerungsrechten grundsätzlich für zulässig (BGH NJW 48, 419; 60, 859; 66, 1452; Betrieb 72, 868; Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1971, Rdn. 199). Werden ausdrücklich nur das Zurückbehaltungsrecht und die Aufrechnungsbefugnis ausgeschlossen, so umfaßt diese Regelung auch das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB (vgl. BGH Betrieb 72, 868). Jedoch soll der Verkäufer sich im Einzelfall auf eine Ausschlußklausel nicht berufen dürfen, wenn er sich grob vertragswidrig verhält (BGH Betrieb 72, 868). Der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts kann nach Treu und Glauben auch dann unbeachtlich sein, wenn die AGB überdies den Kunden unter Ausschluß sonstiger Gewährleistungsrechte auf ein Nachbesserungsrecht beschränken und der Unternehmer vor Nachbesserung zunächst Zahlung verlangt (BGHZ 48, 264). Schmidt-Salzer (a. a. O. Rdn. 198) hält entgegen BGH NJW 1958, 419 Einschränkungen des Verweigerungsrechts auch für unwirksam, soweit sie den Kunden nötigen, bei Mängeln der Kaufsache den vollen Kaufpreis zu zahlen und seine Gewährleistungsansprüche gesondert, also gegebenenfalls im Wege der Wider- oder Zahlungsklage geltend zu machen.

Der Entwurf geht davon aus, daß die gesetzlichen Vorschriften, die dem Schuldner ein Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrecht einräu-

men, nicht auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen, sondern der Absicherung eines gefährdeten Interessenausgleichs zwischen den Vertragsparteien dienen. Dies gilt namentlich für das Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners nach § 320 BGB, in dem ein fundamentaler Rechtsgedanke seinen Ausdruck findet. Der Ausschluß oder die Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechts und, soweit Anspruch und Gegenanspruch auf demselben Vertragsverhältnis beruhen, auch des Zurückbehaltungsrechts des anderen Vertragsteils stellt deshalb grundsätzlich eine unangemessene, die Interessen des Klauselverwenders einseitig betonende Regelung dar.

§ 9 Nr. 2 befaßt sich in seinem ersten Teil (Buchstabe a) mit den Fällen des § 320 BGB, in denen der AGB-Unterworfene die eigene vertragliche Leistung zurückhält, weil die Gegenleistung nicht oder nicht ordnungsgemäß erbracht wird. Da die Vereinbarung der Vorleistungspflicht des AGB-Unterworfenen dem Leistungsverweigerungsrecht faktisch weitgehend den Boden entzieht, könnte man daran denken, auch die formularmäßige Vereinbarung einer Vorleistungspflicht zu verbieten. Dies ginge jedoch zu weit, zumal in vielen Bereichen die technische Abwicklung des Vertrags ohne Vorleistungen kaum vorstellbar wäre (Eintrittskarten, Fahrkarten). Andererseits ist nicht zu erwarten, daß die vorgeschlagene Regelung zum Anlaß genommen wird, weitergehende Vorleistungspflichten des Kunden als bisher vorzusehen, weil sich dies auf dem Markt schwer durchsetzen läßt. Im übrigen bietet die Generalklausel des § 7 hinreichend Schutz gegen unangemessene Vertragsgestaltungen.

Bei dem Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB sollen der Ausschluß oder Einschränkungen in AGB generell unzulässig sein. Nach dieser Vorschrift kann die eigene Leistung ohnehin nur wegen einer Gegenleistung aus demselben Vertrag zurückgehalten werden. Es ist ein Gebot der Gerechtigkeit, dem Kunden den Schutz zu bewahren, den der Gesetzgeber mit der Zug-um-Zug-Regelung des § 320 BGB erreichen wollte.

Der zweite Teil der Regelung (Buchstabe b) befaßt sich mit dem Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. § 273 BGB gewährt dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht für alle fälligen Ansprüche aus „demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht“. Rechtsprechung und Literatur haben sich über die enge Fassung des Gesetzes hinweggesetzt und nehmen an, daß Verpflichtung und Anspruch schon dann demselben rechtlichen Verhältnis entspringen, wenn die beiderseitigen Leistungen einem innerlich zusammengehörigen, einheitlichen Lebensverhältnis entstammen, also beispielsweise einen natürlichen wirtschaftlichen Zusammenhang haben. Erfasst werden durch § 273 also vor allem Ansprüche im Rahmen einer länger andauernden Geschäftsbeziehung, aber auch Ansprüche aus nicht zustande gekommenen oder nichtigen Verträgen. Es erscheint nicht von vornherein unangemessen, wenn das Zurückbehaltungsrecht insofern eingeschränkt wird, daß der Vertragspartner wegen Gegenansprüchen aus früheren oder

anderen Geschäften einer laufenden Geschäftsverbindung die geschuldete Leistung nicht verweigern darf. Das Verbot, das Zurückbehaltungsrecht auszu-schließen oder einzuschränken, wird daher auf solche Gegenansprüche beschränkt, die dem gleichen Vertrag entstammen, wobei die in der Praxis weit-hin übliche Klausel, wonach nur wegen anerkannter Mängel der Leistung soll zurückbehalten werden können, als wichtiger Unterfall der Einschränkung erwähnt wird.

Zu § 9 Nr. 3 (Aufrechnungsverbot)

In AGB finden sich vielfach Klauseln, durch die die Befugnis des anderen Vertragsteils, gegenüber An-sprüchen des Verwenders mit Gegenforderungen auf-zurechnen, ausgeschlossen wird, wobei das Aufre-chnungsverbot entweder direkt ausgedrückt oder in die Gestalt einer Barzahlungsklausel (vgl. OLG Ham-burg, MDR 1953, 240) gekleidet ist. Mitunter finden sich auch Konzernverrechnungsklauseln, durch die dem Kunden die Aufrechnung versagt wird, während das Unternehmen sich vorbehält, mit eigenen For-derungen auch gegen solche Ansprüche aufzurechnen, die dem Kunden gegen Tochter- oder Schwe-tergesellschaften des Unternehmens zustehen. Die Rechtsprechung läßt den formularmäßigen Ausschluß der Aufrechnungsbefugnis grundsätzlich zu (RGZ 124, 8, 9; BGHZ 12, 136, 142 f.). Lediglich wenn die Gegenforderung, mit der aufgerechnet werden soll, entscheidungsreif ist, soll die Berufung auf ein Auf-rechnungsverbot eine unzulässige Rechtsausübung darstellen (BGH LM Nr. 10 zu Allgemeinen Ge-schäftsbedingungen).

Klauseln, durch die die Befugnis zur Aufrechnung ausgeschlossen wird, sind nicht so anstößig, daß ein generelles Verbot erforderlich wäre. Der Verbrau-cher erleidet durch einen Ausschluß der Aufrechnung keinen endgültigen Rechtsverlust. Auch kann nicht außer acht bleiben, daß die Erklärung der Aufre-chnung mit angeblichen Gegenansprüchen seitens des Kunden dazu mißbraucht werden kann, die Beglei-chung einer Schuld hinauszuzögern. Jedoch ist es geboten, in Übereinstimmung mit der Rechtspre-chnung den Ausschluß der Aufrechnung mit unbe-strittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderun-gen für unzulässig zu erklären. Wenn eine auf-rechenbare Forderung eindeutig feststeht, wäre es rechtsmißbräuchlich, die Aufrechnung als einfache Methode des Forderungsausgleichs nicht zuzulassen. Auch wenn die Bestimmung des § 9 Nr. 3 hiernach nicht über den Stand der Rechtsprechung hinausgeht, erscheint eine derartige Regelung gleichwohl zweck-mäßig, allein schon wegen der Möglichkeit, von der Rechtsprechung mißbilligte Klauseln unter Ausnut-zung der Unkenntnis des Verbrauchers weiter zu verwenden.

Im Zusammenhang mit § 9 Nr. 3 stellt sich auch die Frage, inwieweit ein Aufrechnungsverbot zugleich die Geltendmachung des nach § 9 Nr. 2 Buchst. b) geschützten Zurückbehaltungsrechts des Kunden ver-hindern kann. Rechtsprechung und Literatur neigen dazu, in Fällen, in denen gegenüber einem Zahlungs-ananspruch ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines fäl-

ligen Gegenanspruchs auf Zahlung (z. B. Schadens-ersatzforderung) geltend gemacht wird, in der Zu-rückhaltung eine Aufrechnung zu sehen. Gehen zwei sich gegenüberstehende Ansprüche beide auf Geld, so soll sich das Zurückbehaltungsrecht „von selbst zur Aufrechnung gestalten“ (RGZ 85, 108; BGB LM Nr. 12 zu § 355 HGB). Dies bedeutet umgekehrt, daß ein Aufrechnungsverbot es dem Schuldner auch ver-wehrt, ein Zurückbehaltungsrecht zur Erzwingung der Zahlung einer Gegenforderung geltend zu ma-chen (statt aller Palandt, BGB, 32. Aufl. 1973, Anm. 5 d zu § 273 BGB mit weiteren Nachweisen). Eine Einschränkung des Zurückbehaltungsrechts ist in derartigen Fällen, in denen beide Ansprüche auf die Zahlung von Geld gerichtet sind, vertretbar. Die genannte Rechtsprechung gibt deshalb keinen Anlaß, das Zurückbehaltungsrecht des Kunden dadurch ab-zusichern, daß der Ausschluß der Aufrechnung mit Gegenansprüchen, die aus demselben Rechtsverhält-nis herrühren, generell — also auch, wenn die An-sprüche nicht unstreitig oder rechtskräftig festge-stellt sind — für unzulässig erklärt wird.

Zu § 9 Nr. 4 (Obliegenheiten nach § 326 BGB)

Der Vorschlag unter Nummer 4 soll den Kunden in seiner Rolle als Schuldner vor Benachteiligung durch formularmäßige Abweichungen von § 326 BGB schüt-zen.

AGB erleichtern dem Unternehmer für den Fall der nicht rechtzeitigen Zahlung oder Abnahme der Ware vielfach die Rechtsverfolgung gegenüber dem Kun-den, indem sie ihn von den in § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB festgelegten Obliegenheiten des Gläubigers zur Mahnung und Setzung einer Nachfrist freistellen („... ohne vorherige Mahnung ...“, „... ohne Set-zung einer Nachfrist ...“). Wenn AGB die Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen an die bloße Überschrei-tung des Zahlungsziels knüpfen, bedeutet dies, daß entgegen § 284 BGB der Verzug ohne Mahnung ein-treten soll. Die in § 326 BGB als Voraussetzung für das Verlangen nach Schadensersatz oder Rücktritt vorgesehenen Erfordernisse der Mahnung und Set-zung einer Nachfrist sind nicht nur formalrechtlicher Natur, sondern dienen in besonderer Weise dem Schutz des Schuldners. Der Schuldner ist auch im Falle der Säumnis noch schutzwürdig, er soll vor den Folgen der Säumnis ausdrücklich gewarnt werden und Gelegenheit erhalten, diese Folgen durch Nach-holen der geschuldeten Leistung abzuwenden. Eine formularmäßige Freistellung des Klauselverwenders von den Obliegenheiten zur Mahnung und Nach-fristsetzung nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB soll des-halb unzulässig sein, zumal derartige Regelungen gewöhnlich einseitig ausgestaltet sind und für den Fall des Lieferverzugs des Unternehmers dem Kun-den gleichartige Erleichterungen nicht gewähren.

Zu § 9 Nr. 5 (Pauschalierung von Schadensersatz-an-sprüchen)

Die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen dient einem praktischen Bedürfnis nach vereinfach-ter und kostensparender Durchsetzung dieser An-

sprüche, birgt aber zugleich für den Schuldner die Gefahr einer in bezug auf den tatsächlich eingetretenen Schaden unverhältnismäßigen Inanspruchnahme. § 9 Nr. 5 will den Gefahren der Pauschalierung (übermäßige Inanspruchnahme des Schuldners) begegnen, ohne die Möglichkeit der Pauschalierung mehr als notwendig einzuschränken. Die Vorschrift setzt der Pauschalierung von Schadensersatz- und Wertminderungsersatzansprüchen in zweierlei Hinsicht Grenzen:

Nach Buchstabe a soll die Festlegung von Pauschalen unwirksam sein, die höher sind als die in den geregelten Fällen „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende“ Vermögenseinbuße. Diese Begrenzung entspricht dem Maßstab, den § 252 Satz 2 BGB für die Berechnung des entgangenen Gewinns aufstellt. Damit soll gewährleistet werden, daß die Pauschale generell nicht überhöht ist.

Darüber hinaus soll dem Schuldner die Möglichkeit des Beweises erhalten werden, daß in seinem Falle ein Schaden bzw. eine Wertminderung überhaupt nicht entstanden oder daß sie „wesentlich niedriger“ ist als die Pauschale (Buchstabe b). Schon jetzt läßt die Rechtsprechung den Beweis zu, daß ein Schaden überhaupt nicht entstanden ist, jedoch wird versucht, diesen Beweis durch entsprechende Formulierungen in den AGB auszuschließen. Die Regelung unter Buchstabe b erklärt den Ausschluß des Gegenbeweises für unwirksam. Der Beweis, daß überhaupt kein Schaden eingetreten ist, wird vom Schuldner allerdings nur selten geführt werden können. So entstehen z. B. in Fällen der Nichtabnahme der Leistung selbst dann, wenn der Käufer ersatzweise einen zahlungskräftigen Vertragspartner stellt, für den Verkäufer gleichwohl gewisse Unkosten. Unangemessen benachteiligt wäre der Schuldner aber auch dann, wenn er mit dem Beweis, der Schaden sei wesentlich niedriger als die Pauschale, nicht gehört werden könnte. Dem AGB-Unterworfenen muß deshalb auch die Möglichkeit des Beweises erhalten bleiben, daß in seinem Falle ein wesentlich niedrigerer Schaden entstanden ist als die Pauschale. Die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen wird damit weder übermäßig erschwert noch ihres Sinnes entkleidet. Ist die Pauschale der Höhe nach am durchschnittlich eintretenden Schaden bzw. an der durchschnittlichen Wertminderung orientiert (Buchstabe a), so wird sie für den Regelfall ein taugliches Instrument zur vereinfachten Durchsetzung von Schadensersatz- bzw. Wertminderungsersatzansprüchen (vgl. z. B. § 2 Abs. 1 Satz 2 AbzG) bleiben, das im Einzelfall den Beweis über die Höhe des Schadens bzw. der Wertminderung erübrigt. Nur wenn der Schuldner den Gegenbeweis antritt, ein Schaden sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale, ist hierüber zu verhandeln.

Zu § 9 Nr. 6 (Vertragsstrafeversprechen)

Der Entwurf sieht dieses Verbot vor, weil Vertragsstrafeklauseln erhebliche Gefahren für den Versprechenden bergen und in den geregelten Fällen (Nichtabnahme oder verspätete Abnahme der Lei-

stung, Zahlungsverzug, Lösung vom Vertrag) ein aner kennenswertes Interesse für ihre formularmäßige Vereinbarung nicht ersichtlich ist.

Bei einseitiger Festlegung durch den Klauselverwender können die Voraussetzungen für den Verfall einer Vertragsstrafe zu Lasten des Kunden denkbar niedrig gehalten werden. Ferner sind Vertragsstrafen von der Entstehung eines tatsächlichen Schadens unabhängig und können deshalb — ihrem eigentlichen Sinn widersprechend — dazu mißbraucht werden, dem Klauselverwender einen nicht gerechtfertigten Gewinn zu verschaffen (vgl. dazu auch Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1971, Randnr. 194). Hinzu kommt, daß AGB in bezug auf Vertragsstrafeversprechen in der Regel einseitig ausgestaltet sind und nur die Verletzung von Pflichten des AGB-unterworfenen Vertragsteils unter Strafe stellen. Die Vorschrift des § 343 BGB, die lediglich die Herabsetzung unverhältnismäßig hoher Vertragsstrafen ermöglicht, nötigt den Versprechenden zur Führung des Prozesses und zur Übernahme des Prozeßrisikos. Dem Letztverbraucher ist damit wenig Rechtssicherheit und praktische Hilfe gegeben.

In den Fällen der Nichtabnahme oder der verspäteten Abnahme der Leistung sowie im Falle des Zahlungsverzuges ist die Vertragsstrafe auch nicht notwendig, um den Kunden zu vertragsgemäßem Verhalten anzuhalten. Derartige Vertragsverletzungen lösen, wenn sie vom Kunden zu vertreten sind, Schadensersatzansprüche des Verwenders aus. Die Durchsetzung solcher Schadensersatzansprüche kann sich der Verwender in den durch § 9 Nr. 5 gesetzten Grenzen noch erleichtern. Für weitergehende Sanktionen besteht in diesen Fällen kein Bedürfnis, zumal sonst die Gefahr bestünde, daß die durch § 9 Nr. 5 gesetzten Grenzen für die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen durch die Vereinbarung von Vertragsstrafeversprechen umgangen werden.

Das Verbot der formularmäßigen Vertragsstrafe gilt auch für den Fall, daß der andere Vertragsteil „sich vom Vertrag löst“. Damit sollen Klauseln verhindert werden, nach denen der Kunde gegen Zahlung einer „Abstandssumme“ oder dergleichen aus dem Vertrag entlassen wird, was im Ergebnis auf dasselbe hinausliefere wie das Versprechen einer Vertragsstrafe für die Nichtabnahme der Leistung.

Zu § 9 Nr. 7 (Haftungsausschluß und -begrenzung bei grob schuldhafter Vertragsverletzung)

Diese Vorschrift leitet eine Reihe von Regelungen ein, durch welche die Rechte des Kunden bei Nicht- oder Schlechterfüllung geschützt werden sollen. Nummer 7 befaßt sich mit Schadensersatzansprüchen bei grob schuldhaften Vertragsverletzungen aller Art, Nummer 8 mit der völligen Unmöglichkeit und dem Verzug, Nummer 9 mit der teilweisen Unmöglichkeit und dem teilweisen Verzug, Nummer 10 mit den Gewährleistungsansprüchen wegen Mängeln und schließlich Nummer 11 mit Schadensersatzansprüchen bei Fehlen zugesicherter Eigen-

schaften. Diese Vorschriften müssen auch im Zusammenhang gesehen werden mit der in § 8 Nr. 1 bis 3 getroffenen Regelung. Durch jene Bestimmungen soll verhindert werden, daß in AGB der Leistungsinhalt unbestimmt und damit nicht faßbar ausgestaltet werden kann, während durch die Nummern 7 bis 11 des § 9 verhindert wird, daß sich der Klauselverwender seiner Einstandspflicht bei fehlerhafter Erfüllung der fest umrissenen Leistungspflicht entziehen kann.

§ 9 Nr. 7 hat die Einschränkung von Freizeichnungsklauseln zum Gegenstand, die sich in nahezu allen AGB finden, insbesondere auch bei der Regelung von Leistungen, die eine gewisse Schadensgeneigtheit aufweisen, also beispielsweise in Beförderungs-, Bewachungs-, Reinigungs- und Bauverträgen. Regelmäßig werden durch solche Klauseln Schadensersatzansprüche bis zu den gesetzlich gezogenen Grenzen ausgeschlossen, also eine Haftung für den gesetzlichen Vertreter oder den Erfüllungsgehilfen vollständig abbedungen, was nach § 278 BGB an sich zulässig ist, und eine Haftung für eigenes Verschulden lediglich für Vorsatz (§ 276 Abs. 2 BGB) bestehen gelassen. Weiter wird die Haftung oft summenmäßig begrenzt, beispielsweise bei Pauschalreisen auf den einfachen Reisepreis oder bei Reinigungsverträgen auf das 10- oder 15fache des Reinigungspreises.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind Freizeichnungsklauseln der genannten Art unwirksam, soweit sie die Haftung für grob fahrlässiges Verhalten des Schuldners selbst oder für vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten der leitenden Angestellten des Schuldners ausschließen oder begrenzen (BGHZ 20, 164; 38; 183; BGH VersR 1961, 666; BGH WM 1971, 817). Dieses Freizeichnungsverbot erfaßt insbesondere die Fälle des sogenannten Organisationsverschuldens. Bei mangelhafter Organisation des Geschäftsbetriebes des Schuldners im allgemeinen und im Hinblick auf die Ausführung des einzelnen Vertrages wird damit eine Haftung zwingend vorgeschrieben.

Teilweise wird erwogen, ob eine Freizeichnung ausnahmsweise zulässig sein soll, wenn der andere Vertragsteil die Möglichkeit hat, eventuelle Schäden durch eine entsprechende Versicherung abzudecken (BGHZ 33, 216). Da jedoch der Geschädigte durch die Unterwerfung unter eine so weitgehende Freizeichnungsklausel Gefahr läuft, den Versicherungsschutz zu verlieren (vgl. BGHZ 22, 109; Schmidt-Salzer in NJW 1969, 289), wird für die Fälle groben Verschuldens eine Ausnahme von dem erwähnten Freizeichnungsverbot auch unter dem Gesichtspunkt der möglichen Eigenversicherung nicht zugelassen.

Die Beschränkung des Freizeichnungsverbots auf grobes Verschulden des Schuldners selbst oder seiner leitenden Angestellten ist jedoch zu eng. Dies zeigt auch die Rechtsprechung, die in Fällen, in denen die Freizeichnung bei grobem Verschulden sonstiger Gehilfen als unbillig empfunden wird, auf Unwegen zu einer Haftung des Schuldners gelangt, insbesondere durch eine mit dem Wortlaut der Freizeichnungsklausel kaum zu vereinbarende restriktive

Auslegung, durch die mehr oder weniger gezwungene Annahme eines Überwachungsverschuldens oder durch die Annahme der Verletzung sogenannter Kardinalpflichten. Beispiele hierfür sind die falsche Auskunft eines Bankangestellten über die Deckung eines Schecks (BGHZ 49, 167), das Einfüllen von Heizöl in ein Luftrohr statt in den Ölstutzen durch den Fahrer der Heizölfirma (BGH BB 1972, 13) oder der Einbruch in einen auf einem bewachten Parkplatz abgestellten Pkw, während der Wächter betrunken schlief (BGH VersR 1968, 795) oder pflichtwidrig abwesend war (LG Düsseldorf VersR 1955, 483).

Der Entwurf dehnt in § 9 Nr. 7 das Verbot der formularmäßigen Freizeichnung auf alle Fälle einer grob schuldhaften Vertragsverletzung aus, mögen sie nun auf das Verhalten eines leitenden Angestellten des Schuldners oder eines gewöhnlichen Erfüllungsgehilfen zurückzuführen sein. Auch wenn die Rechtsprechung in vielen Fällen trotz Freizeichnungsklausel zu einer Haftung gelangt, kann diese Rechtslage unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes nicht befriedigen. Die restriktive Auslegung einer Freizeichnungsklausel ist ein Notbehelf, dem sich der Verkäufer oder Unternehmer durch eine schärfere und deutlichere Fassung der Klausel entziehen kann. Ob ein Gericht die Verletzung einer Kardinalpflicht oder ein Überwachungsverschulden annimmt, läßt sich im Einzelfall kaum sicher voraussehen. Deshalb ist es geboten, die Grenzen einer formularmäßigen Freizeichnung allgemein enger als nach der bisherigen Rechtsprechung abzustecken. In Übereinstimmung mit der Empfehlung der Arbeitsgruppe beim Bundesministerium der Justiz wird daher in § 9 Nr. 7 das Freizeichnungsverbot für grob schuldhaftes Verhalten auch auf gewöhnliche Erfüllungsgehilfen erstreckt.

Eine solche Regelung findet bereits im geltenden Recht ihre Entsprechung in § 702 a Abs. 1 Satz 2 BGB. Nach dieser Bestimmung kann ein Gastwirt seine Haftung für Verlust, Zerstörung oder Beschädigung eingebrachter Sachen des Gastes insoweit nicht ausschließen, als der Schaden durch den Gastwirt selbst oder seine Leute vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht worden ist.

Rechtsvergleichend ist darauf hinzuweisen, daß die französische Rechtsprechung Freizeichnungsklauseln für den Fall „schwerer Fahrlässigkeit“ als unwirksam ansieht (vgl. die Entscheidungen des Kassationshofes Dalloz 1948, 536 und Sirey 1950, 19) und daß Artikel 1229 Abs. 1 des italienischen codice civile jede Freizeichnung von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit als unzulässig bezeichnet.

In dem durch § 9 Nr. 7 abgesteckten Rahmen soll nicht nur der Haftungsausschluß, sondern auch die Haftungsbegrenzung unzulässig sein. Es ist in diesem Zusammenhang erwogen worden, ob in Fällen groben Verschuldens von Erfüllungsgehilfen, die nicht leitende Angestellte sind, eine Haftungsbegrenzung wenigstens für die sogenannten mittelbaren Schäden zugelassen werden sollte. Hiergegen spricht indessen, daß sich eine Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Schäden aus dem positiven Recht nicht herleiten läßt. Eine solche

Unterscheidung erscheint weder praktikabel noch gerecht. In der Rechtsprechung wird diese Unterscheidung im Werkvertragsrecht zur Abgrenzung der Mängelansprüche aus § 635 BGB (wegen der dem Werk unmittelbar anhaftenden Schäden sowie derjenigen Folgeschäden, die eng und unmittelbar mit dem Mangel des Werks zusammenhängen) von den Ansprüchen aus positiver Vertragsverletzung (wegen derjenigen Schäden, die entferntere Mängelfolgen darstellen) verwendet; sie bereitet dort erhebliche praktische Schwierigkeiten. Hinzu kommt, daß der mittelbare Schaden vielfach der weitaus schwerere ist, so daß der Haftungsausschluß angesichts des groben Verschuldens hier besonders unbillig wäre.

Um Mißverständnissen vorzubeugen, stellt Nummer 7 Satz 2 ausdrücklich klar, daß sich das Verbot der Freizeichnung auch auf Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo erstreckt.

Zu § 9 Nr. 8 (Rechte des Kunden bei Leistungsverzug und Unmöglichkeit der Leistung)

Die Mehrzahl von AGB, die Kauf-, Werk- oder Werklieferungsverträgen zugrunde liegen, enthält Klauseln, die für den Fall des Lieferverzuges die Rechte des Kunden verkürzen. Üblicherweise wird bestimmt, daß im Falle der Überschreitung eines vereinbarten Liefertermins um eine bestimmte Frist nach fruchtlosem Ablauf einer vom Kunden zu setzenden Nachfrist der Rücktritt vom Vertrag erklärt werden kann, während Schadensersatzansprüche regelmäßig abbedungen werden. Vereinzelt finden sich auch Klauseln, die versuchen, neben dem Schadensersatzanspruch des Kunden auch das Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht auszuschließen.

Nach dispositivem Recht sind die Fälle der Nichterbringung oder der nicht rechtzeitigen Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung wie folgt zu beurteilen: Wenn der Verkäufer seiner Pflicht zur Übergabe der Kaufsache nicht nachkommt, kann der Käufer nach den §§ 440 Abs. 1, 320 bis 327 BGB unter den dort genannten Voraussetzungen vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Bei Werk- und Werklieferungsverträgen ergeben sich entsprechende Rechte des Bestellers aus den §§ 636, 651 BGB.

Die Rechtsprechung hatte, soweit ersichtlich, bisher keinen Anlaß, sich mit Lieferfristklauseln auseinanderzusetzen, die ein Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht des Kunden gänzlich ausschließen. Der in der Praxis hingegen häufige Ausschluß von Schadensersatzansprüchen ist, soweit ersichtlich, von der Rechtsprechung nicht grundsätzlich beanstandet worden.

Über die Unangemessenheit eines gleichzeitigen Ausschlusses beider in Betracht kommender Rechtsbehelfe (Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht und Schadensersatzanspruch) kann kein Zweifel bestehen, weil der Kunde hierdurch völlig rechtlos gestellt würde. Darüber hinaus hält der Entwurf aber auch die Sanktion der Schadensersatzpflicht für grundsätz-

lich unerlässlich, um den Klauselverwender zur vertragsgemäßen Leistung anzuhalten. Droht dem Lieferanten lediglich ein Rücktritt des Kunden, so läuft dies nahezu auf dasselbe hinaus wie ein einseitiges Rücktrittsrecht des Lieferanten. Kann dieser die ihm obliegende Leistung wegen eines von ihm zu tretenden Umstandes nicht oder nicht fristgemäß erbringen, so bliebe diese Verletzung der Leistungspflicht ohne Sanktion, gleichgültig ob die Rücktrittserklärung von ihm oder dem Kunden abgegeben wird. Damit wäre nicht gewährleistet, daß der Klauselverwender sich mit der gebotenen Sorgfalt um die Erbringung der ihm obliegenden Leistung bemüht.

Das Recht, sich vom Vertrag zu lösen, soll dem Kunden ungeschmälert erhalten bleiben, weswegen nach § 9 Nr. 8 Buchstabe a sowohl der Ausschluß als auch Einschränkungen unwirksam sind. Hinsichtlich des Schadensersatzanspruches ist in Buchstabe b hingegen nur der völlige Ausschluß verboten. Einschränkungen sollen im Rahmen der durch die Generalklausel (§ 7) gesetzten Grenzen zulässig sein, wobei sowohl eine summenmäßige Begrenzung als auch eine Beschränkung nach Art der Schäden in Betracht kommen kann. Für Fälle, in denen die Unmöglichkeit bzw. der Verzug vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt werden, ist nach Nummer 7 auch die Einschränkung des Schadensersatzanspruches unwirksam.

Zu § 9 Nr. 9 (Ausschluß von Rechten des Kunden bei teilweiser Unmöglichkeit und teilweisem Verzug)

Verschiedentlich finden sich in AGB Klauseln, durch die Teillieferungen für zulässig erklärt werden, dem Kunden aber auf der anderen Seite kein Recht auf Rücktritt oder Schadensersatz eingeräumt wird, wenn die bestellten Gegenstände teilweise überhaupt nicht geliefert werden oder der Lieferant mit der Lieferung eines Teils in Verzug kommt. Klauseln, die besagen, daß „der Käufer verpflichtet ist, Teillieferungen anzunehmen“, sind oft durch eine weitere Bedingung ergänzt, wonach der Käufer im Falle der teilweisen Nichtlieferung nur Rechte in bezug auf die nicht gelieferten Teile hat, obwohl die gelieferten Teile für sich allein für den Käufer häufig ohne Interesse sind.

Der Entwurf geht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung davon aus, daß die Vereinbarung von Teilleistungen in AGB und Formularverträgen keinen gewichtigen Bedenken begegnet. Zwar wird dadurch von der Regelung des § 266 BGB abgewichen, nach der der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt ist. Aus der Zweckbestimmung dieser Vorschrift, Belästigungen des Gläubigers zu vermeiden (RGZ 79, 361), hat jedoch die Rechtsprechung unter Berücksichtigung des Gedankens von Treu und Glauben gefolgert, daß der Gläubiger Teilleistungen dann annehmen muß, wenn ihm dies bei verständiger Würdigung der Lage des Schuldners und seiner eigenen schutzwürdigen Belange zuzumuten ist (vgl. BGH VersR 1954, 298). Es kann angenommen werden, daß die gerichtliche Praxis unter Anwendung der Generalklausel und des § 242 BGB nur sinnvolle

und den Kunden nicht zusätzlich belastende Teillieferungen zulassen wird.

Ein strengerer Maßstab ist hingegen an Klauseln anzulegen, die für die Fälle der teilweisen Unmöglichkeit oder des teilweisen Verzuges die nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs an sich gegebenen Rechte des Kunden in bezug auf den gesamten Vertrag einschränken. Ist die teilweise Unmöglichkeit vom Schuldner zu vertreten, so kann der Gläubiger nach § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung der g a n z e n Verbindlichkeit verlangen oder vom g a n z e n Vertrag zurücktreten, wenn die teilweise Erfüllung für ihn ohne Interesse ist. Für den Fall des teilweisen Verzuges bestimmt § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB, daß die für die teilweise Unmöglichkeit vorgesehene Regelung entsprechend anzuwenden ist. Das bedeutet, daß dem Gläubiger die Behelfe aus § 326 BGB zunächst nur hinsichtlich desjenigen Teils der Leistung zustehen, mit dem der Schuldner sich in Verzug befindet. Er kann aber die Rechte aus § 326 BGB in bezug auf den ganzen Vertrag ausüben, wenn wegen des Teilverzugs die Erfüllung des ganzen Vertrages für ihn ohne Interesse ist. Der Gläubiger braucht also eine für ihn wertlose Teilleistung nicht zu behalten (RGZ 50, 138).

Werden durch Allgemeine Geschäftsbedingungen die dem Kunden in diesen Fällen zustehenden Rechte ausgeschlossen, kann das für ihn erhebliche Nachteile haben, z. B. dann, wenn aus einer Sitzgruppe nur einzelne Stühle oder bei einem mehrbändigen Lexikon nicht alle Bände geliefert werden. Die die Teilunmöglichkeit und den Teilverzug regelnden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs gleichen demgegenüber die beiderseitigen Interessen der Parteien sachgerecht und angemessen aus. Formulärmäßige Abweichungen hiervon zum Nachteil des Kunden sollen deshalb nicht zugelassen werden.

Zu § 9 Nr. 10 (Gewährleistung wegen Mängeln)

Die Vorschrift enthält eine Reihe von Verboten, die den Kunden bei Kauf oder Bestellung neu hergestellter Sachen vor der Beschneidung oder Aushöhlung gesetzlicher oder vertraglicher Gewährleistungsansprüche im Falle der Lieferung mangelhafter Sachen schützen sollen.

Zu Buchstabe a (Völliger Ausschluß, Ersetzung der Eigenhaftung durch Ansprüche gegen Dritte)

Bei formulärmäßiger Regelung der Sachmängelhaftung sollen nach den Vorschriften unter a) folgende Gestaltungen unzulässig sein:

- der völlige Ausschluß von Gewährleistungsansprüchen des Kunden einschließlich etwaiger Nachbesserungs- und Ersatzlieferungsansprüche, („Bestimmungen, durch die . . . Gewährleistungsansprüche des Kunden einschließlich etwaiger Nachbesserungs- und Ersatzlieferungsansprüche ausgeschlossen . . . werden“);

- die Ersetzung der Gewährleistungspflicht des Klauselverwenders durch die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte, z. B. Vor- oder Zulieferer oder Hersteller,

(„ . . . auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte . . . beschränkt werden “);

- die Vereinbarung einer subsidiären Eigenhaftung des Klauselverwenders,

(„ . . . von der vorherigen Inanspruchnahme Dritter abhängig gemacht werden “);

- Freizeichnungen der vorbezeichneten Art in bezug auf einzelne Teile der gelieferten Sache,

(„ . . . insgesamt oder bezüglich einzelner Teile . . . “).

In Rechtsprechung und Schrifttum besteht Einigkeit darüber, daß ein völliger Ausschluß jeder Gewährleistung jedenfalls beim Kauf und bei der Herstellung fabrikneuer Sachen unangemessen ist, weil der Kunde ein schutzwürdiges Interesse am Erhalt einer mängelfreien Ware hat und das Sachmängelrisiko grundsätzlich nicht tragen will (BGHZ 22, 90; BGHZ 37, 94). Soweit der Entwurf einen völligen Ausschluß von Gewährleistungsansprüchen — etwaige Nachbesserungs- und Nachlieferungsansprüche inbegriffen — verbietet, hält er sich im Rahmen der ständigen Rechtsprechung und bedarf keiner weiteren Erläuterung. Wo ausnahmsweise ein beiderseitiges Interesse der Vertragsparteien an einem völligen Gewährleistungsausschluß besteht, wie z. B. bei Risiko- oder Spekulationsgeschäften, bleibt die Möglichkeit, diesen Ausschluß durch Individualabrede ausdrücklich zu vereinbaren.

Der Entwurf verbietet in § 9 Nr. 10 Buchstabe a ferner Klauseln, mit denen der Verkäufer/Unternehmer die eigene Haftung für Mängel des Kaufobjekts ausschließt und dem Kunden statt dessen Ansprüche gegen Dritte einräumt. Derartige Gestaltungen kommen in der Praxis vor allem im Zusammenhang mit Garantiekarten sowie bei der Veräußerung neuerichteter Eigenheime und Eigentumswohnungen durch Bauträgergesellschaften vor. Sie gefährden den Kunden in mehrfacher Hinsicht. Einmal hat er keinen Einfluß auf die inhaltliche Ausgestaltung der ihm abgetretenen Ansprüche, die häufig zu seinen Ungunsten von der gesetzlichen Gewährleistungsregelung abweichen. Zum anderen ist der Kunde genötigt, Ansprüche gegen Dritte geltend zu machen, die er selbst nicht ausgewählt hat und mit denen er in keinen vertraglichen Beziehungen steht. Kommen, wie dies z. B. bei Bauleistungen möglich ist, verschiedene Dritte als Urheber des Mangels in Betracht, so muß sich der Erwerber unter Umständen von einem zum anderen Leistungsträger verweisen lassen, wobei er das zusätzliche Risiko der richtigen und rechtzeitigen Auswahl des letztlich verantwortlichen Leistungsträgers trägt.

Hierin liegen nicht nur faktische Erschwerungen der Rechtsverfolgung (Ausfindigmachen des passiv-legitimierten Dritten, Beschaffung der Unterlagen für die abgetretenen Ansprüche, Zuständigkeit eines ortsfernen Gerichts), sondern häufig auch rechtliche Nachteile (z. B. Freizeichnung in den abgetretenen Ansprüchen, früher Verjährungsbeginn, Fehlen eines

eigenen Zurückbehaltungsrechts, Zurückbehaltungsrecht des Dritten etc.). Schließlich wird dem Kunden das Insolvenzrisiko des Dritten aufgebürdet.

Bei Verträgen über den Erwerb neuer oder neu zu errichtender Eigenheime sucht die höchstrichterliche Rechtsprechung neuerdings die Nachteile, die mit der Beschränkung des Erwerbers auf Gewährleistungsansprüche gegen Dritte verbunden sind, durch restriktive Auslegung der entsprechenden Freizeichnungsklauseln abzumildern. Dementsprechend soll die Eigenhaftung des Veräußerers nur insoweit abbedungen sein, als sich der Erwerber aus den abgetretenen Ansprüchen gegen die anderen Baubeteiligten schadlos halten kann; bei „Fehlschlagen der Schadloshaltung“ soll sich der Erwerber trotz entgegenstehender Freizeichnungsklausel an den Veräußerer halten können (vgl. BGH NJW 74, S. 1135). Eine derartige subsidiäre Eigenhaftung des Veräußerers, neben der übrigens im Rahmen einer sogenannten Eigenverantwortung eine primäre Eigenhaftung einhergehen soll, gibt aber zu zahlreichen rechtlichen Zweifeln Anlaß. Für den Erwerber, der unter Umständen erst nach jahrelanger Prozeßführung mit Dritten Klarheit über die Gewährleistungspflicht des Veräußerers gewinnt, stellt dies keine befriedigende Lösung dar (hierzu Brych, MDR 74 S. 628; Löwe, NJW 74 S. 1108; Locher, NJW 74 S. 1544). Im Interesse des Schutzes des Erwerbers erklärt § 9 Nr. 10 a deshalb auch solche Freizeichnungsklauseln für unwirksam, in denen der Klauselverwender die Eigenhaftung von der vorherigen Inanspruchnahme Dritter abhängig macht.

Unter Bezugnahme auf das in manchen Bereichen praktizierte Garantiekartensystem ist darauf hingewiesen worden, daß die Einzelhändler in gewissen Branchen technisch nicht in der Lage seien, einen Kundendienst selbst zu übernehmen. Diese Einzelhändler kämen in Schwierigkeiten, wenn eine Direkthaftung für Mängel vorgeschrieben würde. Die Direkthaftung zwingt den Einzelhändler indessen nicht, etwaige Garantiearbeiten in eigener Person oder im eigenen Betrieb auszuführen; vielmehr steht ihm frei, mangelhafte Waren seinerseits bei einer zentralen Kundendienststelle nachbessern zu lassen. Der damit möglicherweise verbundene Aufwand rechtfertigt jedenfalls nicht den Ausschluß der Direkthaftung. Im übrigen wird eine neben der Eigenhaftung des Veräußerers herlaufende Herstellerhaftung durch § 9 Nr. 10 a in keiner Weise verboten oder erschwert. Dem Kunden sollen die Vorteile, die sich aus einem gut ausgebauten Kundendienstnetz des Herstellers ergeben können, nicht verlorengehen.

Die in Nummer 10 Buchstabe a vorgesehenen Freizeichnungsverbote (d. h. völliger Ausschluß und Ersetzung der Eigenhaftung durch Abtretung) sollen nicht nur für die gelieferte Sache im allgemeinen, sondern auch für die „einzelnen Teile“ gelten. Damit soll der Kunde davor bewahrt werden, daß besonders anfällige Teile (z. B. Glas oder Spiegel bei Möbeln) von der Gewährleistung ausgenommen werden oder daß er sich wegen verschiedener Mängel an verschiedenen Teilen (wie z. B. an Bereifung oder Batterie eines Kfz) an verschiedene Vorlieferanten

des Verkäufers wenden muß, die dann versuchen können, die Gewährleistung jeweils auf andere abzuwälzen; so z. B. der Autohändler auf den Reifenlieferanten und dieser wiederum auf den Hersteller. Im übrigen gelten hinsichtlich der „einzelnen Teile“ dieselben Erwägungen wie oben ausgeführt.

Zu Buchstabe b (abschließende Beschränkung des Kunden auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung)

Außerordentlich häufig, wenn nicht sogar allgemein üblich sind Klauseln, die die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche im engeren Sinne (§§ 459 ff.) ausschließen und durch ein Recht des Kunden auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung ersetzen. Entsprechend wird bei Werkverträgen der Besteller vielfach auf das Recht der Nachbesserung beschränkt. Derartige Bestimmungen können sinnvoll sein, solange der Kunde durch sie nicht rechtlos gestellt wird. Wird der Mangel in angemessener Frist behoben oder alsbald eine mangelfreie Sache an Stelle der mangelhaften geliefert, so erhält der Kunde das, was er ursprünglich zu beanspruchen hat, nämlich eine mangelfreie Ware zum vereinbarten Preis. Ein solcher Verweis auf die Mängelbeseitigung unter gleichzeitigem vorläufigem Ausschluß der im Kaufrecht des BGB vorgesehenen Rechte auf Wandelung oder Minderung ist nicht als unbillig anzusehen, zumal diese Regelung dem Werkvertragsrecht des BGB entspricht und in einer Zeit der fabrikmäßigen Massenproduktion fehlerhafte Waren sowie Teile davon grundsätzlich ersetzbar sind.

Erweist sich jedoch die Nachbesserung als von vornherein unmöglich, schlägt sie fehl, wird sie unzumutbar hinausgezögert oder endgültig verweigert, so wäre der Kunde rechtlos gestellt, könnte er nicht auf andere Rechtsbehelfe zurückgreifen. Nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum „leben“ in diesen Fällen die durch AGB ausgeschlossenen gesetzlichen Gewährleistungsansprüche „wieder auf“. Zweifelhaft ist, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die wieder auflebenden Gewährleistungsansprüche durch AGB sollen eingeschränkt werden können. Der Ausschluß des Kunden von der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen kann nicht stets und von vornherein mißbilligt werden, insoweit ist vielmehr eine differenzierende Beurteilung je nach Art der geregelten Geschäfte geboten. Hingegen soll der Kunde bei Unmöglichkeit, Fehlschlagen oder unzumutbarer Verzögerung der Nachbesserung stets und unabdingbar die Wahl zwischen dem Recht auf Wandelung und Minderung haben (§ 462, § 634 Abs. 1 BGB). Lediglich bei Bauleistungen, die sich ihrer Natur nach häufig einer Rückgewähr entziehen, ist die Beschränkung des Auftraggebers auf das Recht zur Minderung vertretbar, wobei die Minderung nach der Rechtsprechung gegebenenfalls zum völligen Wegfall eines Entgelts führen kann. § 9 Nr. 10 Buchstabe b schreibt vor, daß die jeweilige Garantieklausel den Kunden „ausdrücklich“ auf diese (subsidiären) Rechte hinweist, damit er sie auch außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens und ohne Inanspruchnahme von Rechtsauskunft ausüben kann. Die von der Rechtsprechung

entwickelten Grundsätze über das Wiederaufleben der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche nützen dem Kunden nämlich nur dann, wenn er sie kennt, was durch die heute allgemein üblichen lapidaren Garantieklauseln nicht bewirkt wird. Der Entwurf läßt die Beschränkung der Gewährleistungsansprüche des Kunden auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung deshalb nur unter der Voraussetzung zu, daß ihm die subsidiären Rechte auf wahlweise Wandlung oder Minderung „ausdrücklich“ vorbehalten werden.

Zu Buchstabe c (Kosten der Nachbesserung)

In den Lieferbedingungen vieler Unternehmen, namentlich beim Vertrieb von Elektro- und größeren Haushaltsgeräten, finden sich Bestimmungen, durch die Wege-, Transport- und andere Nachbesserungskosten im Rahmen der Gewährleistung dem Kunden auferlegt werden.

Die ganze oder teilweise Überbürdung der zur Nachbesserung erforderlichen Aufwendungen auf den Kunden beeinträchtigt diesen erheblich, denn nach der üblichen Gestaltung der Lieferbedingungen kann der Kunde jedenfalls zunächst weder Wandelung noch Minderung noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, vielmehr ist er auf das Verlangen einer Nachbesserung beschränkt. Sehen die Vertragsbedingungen zusätzlich vor, daß auch wesentliche Kosten der Nachbesserung zu Lasten des Kunden gehen sollen, so ist dieser im Falle der Lieferung einer mangelhaften Sache teilweise rechtlos gestellt. Bei solcher Gestaltung der Gewährleistung ist ein angemessener Ausgleich der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien nicht vorhanden. Der Entwurf verbietet deshalb unter Nummer 10 Buchstabe c AGB, durch die Kosten der Nachbesserung dem Kunden auferlegt werden.

Wegen Fehlens einer Grundvorschrift über die Kosten der Nachbesserung sieht der Entwurf ferner in § 13 eine Ergänzung der Gewährleistungsvorschriften im Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vor, durch die sichergestellt werden soll, daß die anläßlich einer Nachbesserung erforderlich werdenden Aufwendungen, insbesondere solche für Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten grundsätzlich vom nachbesserungspflichtigen Verkäufer zu tragen sind. Die vorgeschlagene BGB-Vorschrift soll allerdings dispositiven Charakter haben, zumal sie auch für beiderseitige Handelsgeschäfte gelten soll.

Zu Buchstabe d (Vorleistungspflicht des Kunden)

Bei Werkverträgen sowie bei Kaufverträgen, in denen eine Nachbesserungspflicht des Verkäufers vereinbart ist, finden sich häufig Klauseln, nach denen die vorherige Zahlung des vollen Preises Voraussetzung für die Mängelbeseitigung sein soll. Die Zulässigkeit derartiger Klauseln wird in der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet (BGH NJW 1958, 419 — zulässig —; BGHZ 48, 264/268 — unzulässig —). Sie beschneiden jedoch erheblich die Rechte des Kunden, der zunächst ohne Rücksicht auf den Mangel zur vollständigen Kaufpreiszahlung verpflichtet wird, ohne sicher zu sein, daß etwaige

Mängel anschließend beseitigt werden. Die Mängelbeseitigung soll deshalb allenfalls von der vorherigen Zahlung eines Teils des Preises abhängig gemacht werden dürfen, der die in dem Mangel liegende Minderung des Gebrauchswertes berücksichtigt. Für den Fall, daß der Kunde auf Zahlung des Entgelts in Anspruch genommen wird, stellt bereits die Vorschrift des § 9 Nr. 2 Buchstabe b ein Zurückbehaltungsrecht des Kunden wegen der Mängel sicher. Die vorliegende unter Nr. 10 Buchstabe d enthaltene Regelung hat darüber hinausgehend für den Fall Bedeutung, daß der Kunde den Mängelbeseitigungsanspruch aktiv verfolgt. Auch insoweit ist eine formularmäßig vereinbarte Vorleistungspflicht des Kunden unangemessen.

Die Befugnis des Klauselverwenders, im Falle der Nichtzahlung des Entgeltes die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu erheben, bleibt durch Nummer 10 d unberührt. Der Nachbesserungspflichtige muß jedoch die Nachbesserungsleistung Zug um Zug gegen Zahlung anbieten. Er muß also nachbessern, kann ggf. aber die Herausgabe des nachgebesserten Gegenstandes von der Zahlung abhängig machen.

Zu Buchstabe e (Mängelrügefristen)

Vielfach findet sich in Lieferbedingungen auch bei Geschäften mit Letztverbrauchern die dem § 377 BGB nachgebildete Klausel, daß der Kunde seiner Gewährleistungsansprüche verlustig geht, wenn er etwaige Mängel nicht innerhalb einer bestimmten Frist nach Erhalt der Ware rügt. Gegenüber der Gewährleistungsregelung des BGB (beim Kauf §§ 477 ff. BGB, bei Werkverträgen §§ 638, 639 BGB) erschweren solche Klauseln dem Kunden die Rechtsverfolgung, indem sie ihm eine Obliegenheit zur Rüge von Mängeln auferlegen, die zumeist innerhalb sehr kurz bemessener Ausschlussfristen geltend gemacht werden müssen.

Im Hinblick auf die Überforderung des nichtkaufmännischen Kunden und die Gefahr eines vorzeitigen Rechtsverlustes sieht der Entwurf in Nummer 10 Buchstabe e ein eingeschränktes Verbot solcher Rügefristen vor. Bei Rechtsgeschäften des täglichen Lebens besteht unter Berücksichtigung des heute üblichen raschen Umsatzes von Waren ein nicht von der Hand zu weisendes Interesse des Unternehmers, alsbald geklärt zu wissen, ob Mängelansprüche geltend gemacht werden. Diesem Interesse steht allerdings das Interesse des Kunden an der Erhaltung seiner Mängelrechte gegenüber. Eine sehr weitgehende Untersuchungs- und Rügepflicht kann dem nichtkaufmännischen Kunden nicht auferlegt werden. Er wäre wohl auch überfordert, wenn er gleich einem Kaufmann (vgl. § 377 Abs. 2 HGB) die Ware auf alle „erkennbaren“ Fehler untersuchen und diese fristgebunden mitteilen müßte. Zumutbar erscheint jedoch eine Rügepflicht in Fällen, in denen ein Mangel der Kaufsache so offen zutage liegt, daß er auch dem durchschnittlichen nichtkaufmännischen Kunden ohne besonderen Aufwand auffällt. Die Rüge solcher „offensichtlicher“ Mängel liegt auch für den Nichtkaufmann sehr nahe, weshalb er insoweit durch Ausschlussfristen, die sich im Rahmen des

üblichen halten, nicht grundsätzlich überfordert wird. Weitergehende Rügefristen sollen jedoch wegen grundsätzlicher Überforderung des nichtkaufmännischen Kunden unzulässig sein. Soweit dem Kunden gesetzlich nicht vorgesehene Garantieansprüche eingeräumt werden (z. B. „drei Jahre Garantie auf Rahmen und Gabel“), sollen Rügefristen auch bei nicht offensichtlichen Mängeln zulässig sein, soweit sie die Verjährungsfrist für gesetzliche Gewährleistungsansprüche nicht unterschreiten.

Zu Buchstabe f (Gewährleistungsfristen)

Der Entwurf geht davon aus, daß die Gewährleistungsfristen im Kauf- und Werkvertragsrecht des BGB so bemessen sind, daß die jeweils in Betracht kommenden Mängel gewöhnlich während ihres Laufs hervortreten, so daß der Kunde bei Hervortreten eines Mangels gewöhnlich in der Lage ist, seinen Gewährleistungsanspruch noch durchzusetzen. Im Vergleich zur Regelung der Verjährung im Recht ausländischer Staaten gehören die Verjährungsfristen des deutschen Kaufrechts sogar zu den kürzesten. Sind die Verjährungsfristen des BGB mit dem erfahrungsgemäß möglichen Hervortreten von Mängeln abgestimmt, so stellt jede Verkürzung auch eine Verkürzung der Rechte des Kunden dar. Dem Interesse des Unternehmers, alsbald Klarheit über die eventuelle Geltendmachung von Ansprüchen wegen offensichtlicher Mängel zu gewinnen, dienen Rügepflichten, deren Grenzen in Nummer 9 Buchstabe e geregelt sind. Für eine formularmäßige Abkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfristen besteht jedoch grundsätzlich kein anerkanntes Interesse. Eine Ausnahme von dem Verbot der Nummer 10 Buchstabe f ist in § 11 Abs. 2 Nr. 4 für Bauleistungen vorgesehen, für die die Verdingungsordnung für Bauleistungen Vertragsgrundlage ist (siehe Begründung zu § 11 Abs. 2 Nr. 4).

Zu § 9 Nr. 11 (Freizeichnung bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften)

Fehlt einer auf Grund Kauf- oder Werkvertrages gelieferten Sache eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Kunde nach §§ 463, 480 Abs. 2 BGB oder, falls die Fehlerhaftigkeit vom Unternehmer zu vertreten ist, nach § 635 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, das sogenannte „Erfüllungsinteresse“, umfaßt nach der Rechtsprechung in der Regel nur den Ersatz des „unmittelbaren“ Schadens. Hierunter wird derjenige Schaden verstanden, der unmittelbar daraus entsteht, daß die Sache oder das Werk wegen des Mangels unbrauchbar, wertlos oder minderwertig ist; hierzu gehört auch der dem Kunden infolge des Mangels entgehende Gewinn. Dagegen kann Ersatz des sogenannten Mangelfolgeschadens, d. h. des Schadens, den der Kunde infolge des Mangels über das Interesse an mangelfreier Lieferung hinaus an anderen Vermögenswerten als dem gelieferten Gegenstand oder an der eigenen körperlichen Unversehrtheit erleidet, nach den §§ 463, 480 Abs. 2, § 635 BGB nur verlangt werden, wenn die von dem Verkäufer oder Unternehmer gegebene Zu-

sicherung gerade das Ziel verfolgt, den Kunden auch gegen derartige Mangelfolgeschäden abzusichern (BGHZ 50, 200; NJW 1972, 1706). Liegt diese Voraussetzung nicht vor, so kann Ersatz von Mangelfolgeschäden nur unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung verlangt werden. Der Anspruch aus positiver Vertragsverletzung setzt — abweichend von §§ 463, 480 Abs. 2 BGB — ein Verschulden des Verkäufers voraus.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist der formularmäßige Ausschluß der Haftung des Verkäufers oder Werkunternehmers wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften grundsätzlich zulässig, soweit es sich um Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung auf Ersatz mittelbarer Schäden handelt, vorausgesetzt, daß dem Kunden ein Anspruch auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung und, falls die Nachbesserung oder Ersatzlieferung unterbleibt oder unmöglich ist, in jedem Fall ein Rücktrittsrecht eingeräumt ist (BGH NJW 1963, 1148; BGH NJW 1974, 272). Nur wenn die Zusicherung nach dem objektiven Erklärungsinhalt gerade die Bedeutung hat, den Kunden gegen derartige mittelbare Schäden abzusichern, wird der Haftungsausschluß als unwirksam angesehen, da die Zusicherung ihres Inhalts entleert wäre, wenn dem Kunden die sich aus ihr ergebenden Rechte durch eine Freizeichnungsklausel in AGB wieder genommen werden könnten (BGHZ 50, 200; BGH NJW 1972, 1706). Keine einheitliche Auffassung besteht zu der Frage, ob und inwieweit auch die Haftung auf das sogenannte „Erfüllungsinteresse“ (i. d. R. unmittelbarer Schaden) ausgeschlossen werden kann.

Der formularmäßige Ausschluß der Schadensersatzansprüche, die dem Kunden nach den §§ 463, 480 Abs. 2, § 635 BGB wegen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft zustehen, ist stets als unangemessen anzusehen. Fehlt der gelieferten Sache eine zugesicherte Eigenschaft, so darf dem Kunden der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse in dem oben dargelegten Sinne nicht durch eine formularmäßige Freizeichnungsklausel genommen werden. Andernfalls würde die Zusicherung jede praktische Bedeutung verlieren. Für den Schaden, der dem Kunden unmittelbar daraus erwächst, daß die Sache wegen des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft unbrauchbar, wertlos oder minderwertig ist, muß der Klauselverwender eintreten. Hierzu gehört insbesondere der Schaden, der dem Kunden durch den Minderwert selbst oder durch Aufwendungen entsteht, die er zur Beseitigung des Mangels macht, sowie der dem Kunden infolge des Mangels entgehende Gewinn.

Abweichend von der Rechtsprechung des BGH (NJW 1963, 1148; NJW 1974, 272) erscheint eine Differenzierung hinsichtlich dieser Schäden nicht sachgerecht, da alle diese Schäden zum normalen Vertragsrisiko gehören, das der Verkäufer/Unternehmer mit der Zusicherung übernimmt. Bei den sogenannten Mangelfolgeschäden soll hingegen die von der Rechtsprechung vorgenommene Abgrenzung danach, ob die Zusicherung gerade das Ziel verfolgt, den Kunden auch gegen derartige Schäden abzusichern, beibehalten werden. Hat die Zusicherung

eine solche Verpflichtung zum Inhalt, so kann der Kunde bei Fehlen der zugesicherten Eigenschaften Schadensersatz wegen Nichterfüllung „nach den §§ 463, 480 Abs. 2, § 635 BGB“ auch wegen der Mangelfolgeschäden verlangen. Dieser Ersatzanspruch kann nach § 9 Nr. 11 des Entwurfs nicht in AGB ausgeschlossen werden. Dagegen umfaßt § 9 Nr. 11 nicht Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung. Der Klauselverwender kann sich allerdings auch wegen der Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung in AGB nicht freizeichnen, soweit der Schaden auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Vertragsverletzung beruht (§ 9 Nr. 7).

Zu § 9 Nr. 12 (Laufzeit und Kündigung von Dauerschuldverhältnissen)

Die Vorschrift geht davon aus, daß langfristige Verträge über die Lieferung von Waren und die Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen die Dispositionsfreiheit der Parteien in besonderem Maße einschränken, ohne daß eine solche langfristige Bindung stets durch die Natur des Vertrages vorgegeben ist. Bei der Entscheidung für eine längerfristige Bindung sind zahlreiche in die Zukunft reichende Umstände und ihre mögliche Änderung zu bedenken. Soll die vertragliche Bindung einen bestimmten überschaubaren Zeitraum überschreiten, so bildet die Festlegung der ersten Laufzeit (Nr. 12 Buchstabe a) keinen Nebenpunkt der beim Vertragschluß zu treffenden Vereinbarungen, sondern ein Essentiale, das in seiner Bedeutung und Tragweite der Vereinbarung über den Preis kaum nachsteht. Deshalb soll die Abrede über die erste Laufzeit des Vertrags, soweit sie den Zeitraum von einem Jahr überschreitet, grundsätzlich nicht in der Form vorformulierter AGB getroffen werden, sondern im Wege der individuellen Vereinbarung.

Die Regelung des § 9 Nr. 12 bezweckt ferner, vorformulierte Bestimmungen über die automatische Verlängerung von Verträgen (Nr. 12 Buchstabe b) und über die Kündigungsfrist (Nr. 12 Buchstabe c) auf ein erträgliches Maß zurückzuführen. Die „regelmäßige Lieferung von Waren“ haben beispielsweise Zeitungs- und Zeitschriftenabonnements sowie die Mitgliedschaft in Buchgemeinschaften, Schallplattenringen und ähnlichen Vertriebsorganisationen zum Gegenstand. Zur „regelmäßigen Inanspruchnahme von Dienst- oder Werkleistungen“ verpflichten den Kunden z. B. private Unterrichtsverträge über Direkt- oder Fernunterricht auf allen Gebieten, die Teilnahme an Veranstaltungen wie z. B. Gymnastik-, Schlankheits- oder Bodybuildingkursen oder die „Mitgliedschaft“ in Ehevermittlungsinstituten, aber auch Verträge über die Wartung technischer Anlagen etc. Verträge auf dem Gebiet des Arbeitsrechts sind nach § 12 Abs. 1 vom Anwendungsbereich des gesamten Gesetzes ausgenommen. Nicht in § 9 Nr. 12 einbezogen sind ferner Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht, Leasing).

Zu Buchstabe a

Unter Buchstabe a wird eine Laufzeit des Vertrages, die den anderen Vertragsteil länger als ein Jahr

bindet, in AGB für unwirksam erklärt. Mithin dürfen z. B. das Abonnement einer Zeitschrift oder die Mitgliedschaft in einem Buchklub und dergleichen Dauerbezugsverpflichtungen nicht schon von vornherein auf zwei oder mehrere Jahre, sondern fest, d. h. ohne Kündigungsmöglichkeit, höchstens auf ein Jahr abgeschlossen werden. Zulässig bleibt der unkündbare Abschluß für ein Jahr mit Verlängerungsklausel nach Maßgabe von Buchstabe b oder auch der Abschluß auf unbestimmte Zeit, wobei dem Kunden jedoch die Möglichkeit gegeben sein muß, so zu kündigen, daß er nicht länger als ein Jahr an den Vertrag gebunden ist.

Die übermäßig lange Bindung des Kunden ist unangemessen, weil sie in der Regel allein den geschäftlichen Interessen des Anbieters dient und schutzwürdige Belange des Kunden außer acht läßt. Der Kunde kann zumeist nur auf eine begrenzte Zeit überblicken, ob und inwieweit sein Bedarf und Interesse an den in Anspruch genommenen Leistungen erhalten bleiben oder infolge veränderter Umstände entfallen. Auch von Anbeginn mögliche, unter Umständen durch die Werbung geförderte irriige Vorstellungen über die in Anspruch genommenen Leistungen und ihren Nutzen begründen ein anerkennenswertes Interesse, nicht gleichwohl auf Jahre hinaus zur Inanspruchnahme solcher Leistungen verpflichtet zu werden. Eine feste Bindung von längerer Dauer als einem Jahr soll deshalb dem Kunden bei den in Nummer 12 bezeichneten Verträgen formulärmäßig nicht auferlegt werden.

Von der Regelung unter Buchstabe a ausgenommen sind in § 11 Abs. 2 Nr. 5 Verträge über den Verkauf zusammengehöriger Sachen, Versicherungsverträge sowie Verträge über die Verwertung urheberrechtlicher Rechte und Ansprüche.

Zu Buchstabe b

Die stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses findet sich zwar recht häufig in Bezugsbedingungen, wird aber erfahrungsgemäß von den Kunden trotzdem oft übersehen oder vergessen. Häufig hat der Kunde die an sich naheliegende Vorstellung, daß z. B. ein auf ein Jahr eingegangenes Abonnement (Mitgliedschaft in Buchgemeinschaft) sich nach Ablauf dieser Zeitspanne von selbst erledige, und er versäumt deshalb die zur Verhinderung einer automatischen Verlängerung nach Maßgabe der Bezugsbedingungen erforderliche Kündigung. Wegen dieser sehr naheliegenden Gefahr und aus den allgemeinen Erwägungen unter a) erscheint eine stillschweigende Verlängerung um jeweils ein Jahr als die äußerste, dem Kunden zumutbare Bindung. Der Klauselverwender wird hierdurch keinen unzumutbaren Schwierigkeiten ausgesetzt.

Zu Buchstabe c

Neben der automatischen Verlängerung sind lange Kündigungsfristen ein Mittel, den Kunden möglichst lange — und sei es auch gegen seinen erklärten Willen — am Vertrag festzuhalten. Der Entwurf sieht unter Buchstabe c eine höchstzulässige Frist von drei Monaten vor.

Die Vorschriften unter § 9 Nr. 12 werden durch § 9 Nr. 16 ergänzt, wonach Erklärungen des Kunden an keine strengere Form als die einfache Schriftform und auch nicht an besondere Zugangserfordernisse (z. B. Einschreibbrief) gebunden werden dürfen. Diese Schranken gelten auch für die Kündigung der in § 9 Nr. 12 bezeichneten Dauerschuldverhältnisse.

Zu § 9 Nr. 13 (Wechsel des Vertragspartners)

Die Vorschrift soll verhindern, daß dem Vertragspartner des Klauselverwenders ein ihm bei Vertragsabschluß nicht bekannter Vertragspartner aufgezeigt werden kann. Entsprechende Klauseln finden sich z. B. in Bezugsbedingungen für Zeitschriften, Buchreihen und Fernkurse, z. B.:

„Die Firma X ist berechtigt, ihre Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag einem Dritten zu übertragen.“

Auf Grund derartiger Bestimmungen kann sich der Kunde nachträglich einem Vertragspartner gegenübergestellt sehen, den er aus verschiedenen Gründen, z. B. wegen schlechter Erfahrungen bei einem früheren Vertragsverhältnis, gerade nicht als Vertragspartner haben möchte. Die Information der Verbraucher über Angebot, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit einzelner Unternehmen sowie das Postulat kritischen Konsumverhaltens verlieren an Sinn, wenn die massenweise „Abtretung“ von Verträgen uneingeschränkt zugelassen wird. Klauseln über die Ersetzung des Vertragspartners sollen deshalb nur wirksam sein, wenn entweder der künftige Vertragspartner von vornherein namentlich bezeichnet wird oder dem Kunden für den Fall des Wechsels ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht eingeräumt wird. Die letztgenannte Gestaltung findet sich z. B. in Luftbeförderungsbedingungen. Durch Nummer 13 nicht berührt wird die Abtretung einzelner vertraglicher Ansprüche (z. B. Forderungen).

Zu § 9 Nr. 14 (Erweiterung der Haftung des Abschlußvertreters)

Die Vorschrift richtet sich gegen versteckte Bestimmungen in AGB, mit denen versucht wird, abweichend vom dispositiven Recht auch den ordnungsgemäß bevollmächtigten Vertreter des Kunden in eine vertragliche Haftung einzubeziehen (a) oder eine Haftung des vollmachtlosen Vertreters entgegen § 179 Abs. 3 BGB auch dann zu begründen, wenn dem Verwender der AGB der Mangel der Vollmacht bekannt ist oder bekannt sein muß (b).

Die Rechtsprechung hatte sich insoweit beispielsweise mit folgenden Klauseln zu befassen:

„Zahlungspflichtig ist der Auftraggeber sowie gesamtschuldnerisch mit ihm derjenige, der den Auftragschein im eigenen oder fremden Namen unterzeichnet.“

„Die Unterschrift der Ehefrau wird abgegeben im Rahmen der Schlüsselgewalt und zugleich im eigenen Namen.“

„Als Mitbesteller bin ich darauf hingewiesen worden, daß ich durch meine Unterschrift nicht nur die

von mir vertretenen Besteller, sondern auch mich selbst verpflichte. ... Bei Unterschriftsleistung eines minderjährigen Bestellers tritt der Mitbesteller ausdrücklich voll in die Rechte und Pflichten des Vertrages ein.“

Die Gefahr solcher Klauseln liegt darin, daß sie in der Regel überraschend sind und den Abschlußvertreter gewissermaßen übertölpeln. Zwar mag in gewissen Fällen ein anerkennenswertes Bedürfnis für eine Einbeziehung der den Vertrag unmittelbar abschließenden Person in die vertragliche Haftung vorliegen (z. B. bei Geschäften mit Ehegatten). Jedoch soll dies in keinem Falle in der Weise geschehen, daß die bei einem „Vertreter“ nicht zu erwartende Haftung durch eine versteckte Klausel in AGB begründet wird. Vielmehr soll die Abschlußperson dann im Einzelfall im Vertragstext deutlich als Vertragspartner oder Bürge angesprochen werden und in dieser Eigenschaft eine vom übrigen Vertragstext abgesonderte Erklärung über ihre eigene Haftung oder Einstandspflicht unterschreiben.

Wenngleich die in § 9 Nr. 14 vorgesehenen Verbote auch aus § 3 des Entwurfs abgeleitet werden könnten, erscheint aus Gründen der Klarheit und der präventiven Wirkung eine spezielle Vorschrift zweckmäßig. § 86 b HGB (Delkredere-Haftung des Handelsvertreters) wird von dieser Klausel nicht betroffen, da die Einstandspflicht des Handelsvertreters in diesem Fall nicht „neben“ die Haftung des vertretenen Unternehmers tritt, sondern ihm gegenüber übernommen wird.

Zu § 9 Nr. 15 (Verschiebung der Beweislast)

Die gesetzlich verankerten oder von der Rechtsprechung entwickelten Regeln über die Beweislastverteilung sind nicht Ausdruck formal-verfahrensrechtlicher Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern typische Ausprägungen des Gerechtigkeitsgebotes. Dies gilt z. B. auch für die Faustregel der Beweislastverteilung, wonach jede Partei diejenigen Tatsachen beweisen muß, aus denen sie Rechte herleitet. Andere Beweislastregeln weisen die Beweislast demjenigen zu, der den beweisbedürftigen Umständen am nächsten ist und damit zur Wahrheitsfindung beitragen kann. Eine Umverteilung der Beweislast wird stets die Rechtsverfolgung für eine Partei erschweren oder verhindern. Nummer 15 verbietet deshalb dem AGB-unterworfenen Vertragsteil nachteilige Änderungen der Beweislast in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Zur Konkretisierung des Verbots nennen die Buchstaben a bis c beispielhaft bestimmte, tatbestandlich näher umschriebene Gestaltungen, durch die die Beweislast zum Nachteil des Vertragspartners geändert wird.

Zu Buchstabe a

Die Rechtsprechung hat sich wiederholt mit Beweislastklauseln auseinandergesetzt, die die Rechtsposition des anderen Vertragsteils in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise schwächen, indem sie unzumutbare Beweisansforderungen für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, insbesondere für den Nachweis des Verschuldens, auf-

stellen (BGHZ 41, 151 = DB 1964, 544; BGH VersR 1967, 402; 1969, 561). Dabei hat sie den Grundsatz entwickelt, daß eine in AGB vorgesehene Verteilung der Beweislast mit Treu und Glauben unvereinbar ist, wenn dem Vertragsteil, der den Bedingungen unterworfen wird, die Beweislast für Umstände aufgebürdet wird, die im „Verantwortungsbereich“ des die Bedingungen aufstellenden Vertragsteils liegen. § 9 Nr. 15 Buchstabe a greift diesen Grundsatz auf und erklärt entsprechende Beweislastklauseln für unwirksam.

Zu Buchstabe b

Eine Bestätigung von Tatsachen wird von dem Kunden beispielsweise verlangt, wenn sich in AGB die Bestimmungen finden: „Nebenabreden sind nicht getroffen worden“ oder „Ich erkläre, daß ich nicht überredet worden bin“. In einem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall war der Vermietung eines Kraftfahrzeuges folgende Bedingung zugrunde gelegt worden:

„Der Mieter erkennt mit der Übernahme des Wagens an, daß dieser sich in verkehrssicherem und fahrbereitem Zustand befindet und keinerlei Mängel aufweist.“

Nach Ansicht des Gerichts entlastet diese Klausel den Vermieter nicht von seinen erhöhten Sorgfaltspflichten im Hinblick auf die Verkehrstüchtigkeit des Mietwagens (BGH DB 1967, 118).

Die Beispiele zeigen, daß mit Klauseln, in denen der Kunde angebliche Tatsachen bestätigt, häufig der Zweck verfolgt wird, die Rechtsposition des Kunden entscheidend zu verschlechtern. Mit Hilfe vorgefertigter „Beweismittel“ soll ihm ein späteres gegenständliches Vorbringen erschwert oder unmöglich gemacht werden. Bei Vertragsschluß vermag der Kunde die Tragweite solcher Bestätigungen, die ihm gegenüber als reine Formalität hingestellt werden, nicht zu überschauen; in vielen Fällen wird er sie überhaupt nicht bewußt zur Kenntnis nehmen, weil sie nur eine von vielen kleingedruckten Bestimmungen sind.

Eine Ausnahme ist allerdings für „gesondert unterschriebene“ Empfangsbekanntnisse vorgesehen. Die Erteilung einer vorformulierten Quittung beispielsweise über den Empfang einer Ware soll dem Kunden auch in Zukunft rechtswirksam möglich sein; Voraussetzung ist allerdings, daß die Quittung nicht im Kleingedruckten versteckt, sondern gesondert unterschrieben wird.

Zu Buchstabe c

Nach allgemeinen Grundsätzen ist der Zugang einer Erklärung von dem Vertragsteil zu beweisen, der sich darauf beruft, eine solche Erklärung abgegeben zu haben.

Ein Beispiel für eine gleich doppelte Vermutung der Absendung und des Zugangs einer Mitteilung findet sich in Nr. 1 Abs. 2 der AGB der Banken:

„Schriftliche Mitteilungen der Bank gelten nach dem gewöhnlichen Postlauf als zugegangen, wenn sie an die letzte der Bank bekanntgewordene Anschrift abgesandt worden sind. Die Absendung

wird vermutet, wenn sich ein Abdruck oder ein abgezeichneter Durchschlag des betreffenden Briefes im Besitz der Bank befindet oder wenn sich die Absendung aus einem abgezeichneten Versandvermerk oder einer abgezeichneten Versandliste ergibt.“

Solche Bestimmungen bedeuten eine ungerechtfertigte Risikoverlagerung zu Lasten des Kunden, dem — im gegebenen Beispiel auf Grund firmeninterner Aufzeichnungen — der stets schwierige negative Beweis auferlegt wird, ein Schriftstück sei nicht abgesandt worden bzw. ihm nicht zugegangen.

Zu § 9 Nr. 16 (Formvorschriften für Anzeigen und Erklärungen des Kunden)

Die Vorschrift richtet sich gegen übersteigerte rechtsgeschäftliche Formvorschriften und Vorschriften über Zugangserfordernisse (Hauptbeispiel: Einschreibbrief) in AGB. Solche Bestimmungen erschweren dem Kunden die Wahrung vertraglicher Rechte und werden leicht übersehen mit der Folge, daß der Kunde einen unverhältnismäßigen Rechtsnachteil erleidet.

Die in AGB vielfach anzutreffende Schriftformklausel für Nebenabreden und Zusicherungen ist in § 9 Nr. 17 geregelt. § 9 Nr. 16 hat demgegenüber einseitige Erklärungen und Anzeigen des Kunden im Auge wie z. B. Kündigung, Rücktritt, Mahnung, Fristsetzung, Mängelanzeige und sonstige Obliegenheiten in bezug auf die Abgabe von Erklärungen oder Mitteilung von Tatsachen. Die Abgabe solcher Erklärungen z. B. durch eingeschriebenen Brief mag dem Kunden zwar den Vorteil bringen, daß er sich damit einen Beleg über die Absendung verschaffen kann. Andererseits wird die Einhaltung solcher vom Gesetz nicht vorgesehener Formvorschriften bzw. Zugangserfordernisse leicht übersehen, weil sie ungewöhnlich sind (z. B. für Mängelanzeige), der Kunde die AGB nach längerer Vertragszeit nicht mehr zur Hand hat (z. B. bei Kündigung eines Abonnements) oder weil sie ihm bei Vertragsabschluß nicht ausgehändigt worden sind. Hinzu kommt, daß der an die Nichteinhaltung der Formvorschrift geknüpfte Rechtsnachteil in der Regel eine unverhältnismäßig harte Sanktion darstellt (z. B. Verlust von Gewährleistungsansprüchen).

§ 9 Nr. 16 verbietet deshalb formularmäßige rechtsgeschäftliche Formvorschriften, die eine strengere als die einfache Schriftform oder besondere Zugangserfordernisse vorsehen. Die Möglichkeit, dennoch eine Erklärung rechtswirksam in der Form z. B. des eingeschriebenen Briefes abzugeben, bleibt dem Kunden hierdurch unbenommen.

Zu § 9 Nr. 17 (Schriftformklauseln)

Die Vorschrift ergänzt für den Bereich der Rechtsgeschäfte mit Letztverbrauchern den § 4, wonach individuelle Vertragsabreden Vorrang vor AGB haben. Besondere Vereinbarungen für den Einzelvertrag werden nicht nur in schriftlicher Form getroffen. Häufig werden dem Kunden auch mündliche

Zusagen gemacht, die für ihn bedeutsam sind und ohne die er den Vertrag nicht abschließen würde. Der Beweis solcher mündlicher Absprachen ist in der Regel schwierig und vom Kunden zu führen.

Eine zusätzliche, oft unüberwindliche Schranke bilden die sogenannten Schriftformklauseln, die in vielen AGB zu finden sind. Für den AGB-unterworfenen Vertragsteil begründen sie die große Gefahr, daß hierdurch mündlich getroffene Abreden, die in vielen Fällen für den Vertragsschluß entscheidend sind, unbemerkt ihrer Wirksamkeit beraubt werden. Es würde wenig helfen, dem Verbraucher anzuraten, sich auf mündliche Sonderabreden nicht einzulassen und seine Rechtsbeziehungen grundsätzlich nur schriftlich zu regeln. Derartige Ermahnungen würden angesichts der Erfahrungheit und Geschicklichkeit geübter Verkäufer voraussichtlich nichts fruchten. Es kann auch nicht erwartet werden, daß der Kunde etwa die „Beratung“ des Verkäufers oder Zusicherung einer Eigenschaft immer als formbedürftige Sonderabrede erkennt. Ebenso wenig ist es dem Kunden zumutbar, stets nachzuprüfen, ob AGB eine Schriftformklausel enthalten.

§ 9 Nr. 17 erklärt Schriftformklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Grund dieser Erwägungen für unwirksam. Schon nach der jetzt herrschenden Rechtsprechung kann die vertraglich vereinbarte Schriftform jederzeit durch mündliche Vereinbarung aufgehoben werden, jedoch werden hieran unterschiedliche Beweisanforderungen gestellt (vgl. BGH NJW 1962, 1908; 1965, 293; 1968, 33). Von dem Verbot der Nummer 17 sind in § 11 Abs. 2 Nr. 6 Versicherungsverträge sowie Verträge ausgenommen, die der Vertragspartner des Verwenders in Ausübung einer Berufs- oder Erwerbstätigkeit abschließt.

Zu § 10 (Zwischenstaatlicher Geltungsbereich)

Zweck der Vorschrift

Der Wirtschaftsverkehr ist im Zeichen der Ausdehnung internationaler Verflechtungen und wirtschaftlicher Freizügigkeit über nationale Grenzen hinaus nicht mehr auf das Inland beschränkt oder beschränkbar. Dabei treten nicht nur Handel und Gewerbe, sondern auch einzelne Verbraucher in zunehmendem Maße in wirtschaftliche und rechtliche Beziehungen zu Verkäufern, Unternehmern und Lieferanten, die ihren Sitz im Ausland haben. So treten beispielsweise ausländische Versandhäuser auf dem deutschen Markt auf. Wirtschaftlich ist diese Entwicklung zu begrüßen, da die Aussicht besteht, daß hierdurch der Wettbewerb verstärkt wird. Auch im internationalen Bereich ist die Verwendung von AGB nicht weniger weit verbreitet als im nationalen. Es stellt sich daher die Frage, ob und in welchem Umfang der inländische Kunde geschützt werden soll gegenüber AGB, die von ausländischen Unternehmen im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr zugrunde gelegt werden.

Der Entwurf geht davon aus, daß die Stellung des inländischen Kunden gegenüber mißbräuchlichen Klauseln in AGB, die von ausländischen Unterneh-

mern verwendet werden, grundsätzlich nicht schlechter sein soll als bei reinen Inlandsgeschäften. Vielfach kann der inländische Verbraucher beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen nicht erkennen, ob der Vertragspartner Ausländer ist oder die Rechtsbeziehung ausländischem Recht unterliegt. Er wird sich damit der theoretischen oder tatsächlichen Gefährdung, die darin liegt, daß die dem Schutz seiner Interessen dienenden inländischen Vorschriften einem ausländischen Recht weichen, das einen entsprechenden Schutz möglicherweise nicht kennt, nur selten bewußt. Dieser Umstand wird mitunter absichtlich von unseriösen Unternehmen ausgenutzt. Einen gewissen Schutz hiergegen bildet § 8 Nr. 5, durch den eine Wahl ausländischen Rechts in AGB für unwirksam erklärt wird, wenn hierfür kein anerkennenswertes Interesse besteht. Rechtsbeziehungen, die auch ohne Rechtswahl einem fremden Recht unterliegen, werden jedoch hierdurch nicht ertast. Eine Rechtsordnung, die sich die Ausgabe gesetzt hat, von einem angemessenen Interessenausgleich abweichende vertragliche Regelungen in AGB nicht hinzunehmen, muß bemüht sein, ihren Schutz jedem inländischen Verbraucher zuteil werden zu lassen. Da die wirtschaftlichen Machtverhältnisse am Markt und die Interessenlage im wesentlichen gleich sind, ob es sich nun um ein Rechtsgeschäft mit einem Unternehmer im Inland oder im Ausland handelt, muß angestrebt werden, die Regeln zum Schutze des Kunden — jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen — auch auf Geschäfte anzuwenden, die Beziehungen zum Ausland ausweisen und einem fremden Recht unterliegen.

Es ist daher notwendig, eine Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen, die es ermöglicht, den vorstehenden Regelungen, mindestens aber den ihnen innewohnenden Grundgedanken auch dann Geltung zu verschaffen, wenn auf das Vertragsverhältnis im übrigen ausländisches Recht Anwendung findet.

Ausgangspunkte des IPR

Im deutschen internationalen Privatrecht gilt für das Schuldrecht der Grundsatz der Privatautonomie und damit der freien Rechtswahl. Den Parteien steht es somit — jedenfalls bei „Sachverhalten internationalen Charakters“ (vgl. Artikel 1 des im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften ausgearbeiteten Vorentwurfs eines Übereinkommens über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht) — frei, ein Rechtsverhältnis einem von ihnen gewählten Recht zu unterstellen. Haben die Vertragsparteien eine Rechtswahl nicht getroffen oder wird einer solchen Wahl — wie durch § 8 Nr. 5 — die Anerkennung versagt, bestimmt sich das auf den Vertrag anzuwendende Recht nach objektiven Anknüpfungsmerkmalen. Für die Frage, wo ein Vertrag seinen Schwerpunkt hat, kann insbesondere dem Sitz derjenigen Vertragspartei, die die charakteristische Vertragsleistung zu erbringen hat, Bedeutung zukommen. Die Zuweisung eines Rechtsgeschäfts an eine kraft Rechtswahl oder auf Grund objektiver Anknüpfung bestimmte Rechtsordnung hat grundsätzlich zur Folge, daß allein die Bestimmungen dieser Rechtsordnung einschließlich der zwingenden Rechtsvorschriften anzu-

wenden sind, während die Bestimmungen anderer Rechtsordnungen, zu denen das Vertragsverhältnis mit Rücksicht auf seinen internationalen Charakter ebenfalls Beziehungen aufweist, keine Anwendung finden. Dieser Grundsatz gilt jedoch, soweit es sich um zwingende Rechtsvorschriften handelt, nicht uneingeschränkt. Im internationalen Privatrecht dringt die Auffassung vor, daß unter bestimmten Voraussetzungen die zwingenden Vorschriften einer Rechtsordnung auch dann Berücksichtigung verdienen, wenn das Rechtsverhältnis im übrigen einer anderen Rechtsordnung unterliegt. Diese Auffassung hat auch in Artikel 7 des erwähnten Vorentwurfs eines Übereinkommens über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht ihren Niederschlag gefunden. Nach dieser Bestimmung werden — ungeachtet des auf ein Vertragsverhältnis anzuwendenden Rechts — auch zwingende Vorschriften einer anderen Rechtsordnung, zu der das Vertragsverhältnis enge Beziehungen aufweist, berücksichtigt, sofern diese Normen unbedingte Geltung beanspruchen („international unnachgiebige Rechtsnormen“) und soweit Art und Zweck dieser Vorschriften ihre Anwendung rechtfertigen können.

Voraussetzungen und Wirkung des § 10

In Übereinstimmung mit den dargelegten Grundsätzen des IPR bringt § 10 den internationalen Geltungsanspruch des Gesetzes zum Ausdruck und legt unter Satz 1 Nr. 1 und 2 fest, welche räumlichen Beziehungen ein Vertragsverhältnis zum Inland aufweisen muß, um diesen Geltungsanspruch zu rechtfertigen. Durch Nummer 1 wird das Erfordernis aufgestellt, daß der Klauselverwender im Inland ein Mindestmaß an Tätigkeit entfaltet haben muß. Hat er durch eine werbende oder ähnliche Tätigkeit im Geltungsbereich dieses Gesetzes eine Ursache für den Vertragsschluß gesetzt, so erscheint es nicht unbillig, ihn auf eine angemessene Wahrung der Interessen des Verbrauchers zu verpflichten. Eine ähnliche Regelung findet sich z. B. in § 2 Nr. 4 des Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile vom 28. Juli 1969 BGBl. I S. 986. Die Regelung des § 10 greift nicht ein, wenn ein Kunde sich aus eigenem Antrieb an einem Unternehmer im Ausland wendet, ohne durch eine im Inland entfaltete geschäftliche Tätigkeit des Unternehmers hierzu veranlaßt worden zu sein.

Da es darum geht, den inländischen Kunden zu schützen, wird mit Satz 1 Nummer 2 an den Wohnsitz des Kunden oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland angeknüpft. Weiter wird vorausgesetzt, daß der Kunde seine Willenserklärung im Geltungsbereich des Gesetzes abgibt, sei es, daß er seine Erklärung gegenüber dem anderen Vertragspartner oder einem Vertreter oder Agenten des anderen Vertragsteils im Geltungsbereich dieses Gesetzes mündlich abgibt, sei es, daß er seine schriftliche Willenserklärung hier absendet. Schließt ein inländischer Verbraucher dagegen während eines Aufenthaltes im Ausland mit einem ausländischen Unternehmer einen Vertrag, so findet § 10 des Gesetzes keine Anwendung, selbst wenn der Kunde zu diesem Vertragsabschluß durch eine werbende Tätig-

keit des Unternehmers im Inland motiviert worden ist. Ein solches Geschäft hat eine zu schwache Beziehung zum Inland, als daß die Berücksichtigung der zwingenden Vorschriften dieses Gesetzes gerechtfertigt wäre.

Weist der Vertrag den in Satz 1 Nummer 1 und 2 beschriebenen Inlandsbezug auf, so sind die Vorschriften des AGB-Gesetzes „zu berücksichtigen“. Eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschriften wird wegen des dem anwendbaren ausländischen Recht zugrunde liegenden Systems häufig nicht möglich sein. Bietet das anwendbare Recht einen äquivalenten Schutz, ist dem Anliegen des § 10 Genüge getan. Fehlt ein äquivalenter Schutz, so sind die Vorschriften des AGB-Gesetzes in einer dem anwendbaren Recht angepaßten Weise anzuwenden. Die Grundsätze des § 10 müssen auch dann gelten, wenn ein Vertrag dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik unterliegt.

Zu § 11 (Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich)

Absatz 1 nimmt bestimmte Rechtsgebiete pauschal vom Anwendungsbereich des Gesetzes aus, weil der Schutz des Gesetzes insoweit nicht erforderlich, nicht angemessen oder nicht systemgerecht erscheint.

Auf dem Gebiet des Arbeitsrechts wird ein Schutz des schwächeren Vertragspartners vor unangemessenen Vertragsbedingungen schon heute durch ein dichtes Netz von zwingenden Vorschriften und durch das besondere System der kollektivrechtlichen Vereinbarungen verwirklicht. Soweit auch auf diesem Gebiet noch eine Verbesserung des Schutzes vor unangemessenen Bedingungen erforderlich erscheint, sollten besondere gesetzgeberische Maßnahmen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts vorgenommen werden.

In den weiter aufgeführten Gebieten des Erbrechts, des Familienrechts und des Gesellschaftsrechts werden AGB im herkömmlichen Sinne nur selten verwendet. Die genannten Gebiete haben ferner so viele Eigenarten, daß die auf schuldrechtliche Austauschverträge zugeschnittenen Bestimmungen des Entwurfs sich zu einer Anwendung hier nicht eignen. Auf eine Definition des Begriffs „Gesellschaftsrecht“ kann verzichtet werden. Er erscheint weit genug, um das Recht aller Handelsgesellschaften einschließlich des Genossenschaftsrechts sowie das Vereinsrecht zu umfassen. Auch die Abgrenzung zum Schuldrecht — etwa zum Depotstimmrechtsvertrag, der dem Gesetz unterfallen soll — erscheint ohne eine detaillierte Regelung vollziehbar. In den ausgenommenen Rechtsgebieten bleibt es für die Inhaltskontrolle vorformulierter Vertragsbedingungen bei den bisher geltenden Vorschriften.

Absatz 2 sieht vor, daß einzelne Vorschriften des Gesetzes für bestimmte Arten von Verträgen bzw. Geschäftsbedingungen keine Anwendung finden. Die Ausnahmen beruhen teils auf dem Umstand, daß partielle, inhaltlich vom Entwurf abweichende normative Regelungen aus Gründen der Gleichbehandlung und der Praktikabilität über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus berücksichtigt wer-

den müssen (Nummern 1 bis 3), teils auf der Eigenart der jeweiligen Verträge (Nummern 4 bis 6).

Zu Nummer 1

Den hier bezeichneten Tarifen, Ausführungsbestimmungen und Beförderungsbedingungen fehlt der Charakter von Rechtsnormen, dennoch ist bei ihnen die Einhaltung der Voraussetzungen des § 2 entbehrlich, um sie Bestandteil des einzelnen Beförderungsvertrags werden zu lassen. Für ihre Kundbarmachung ist in § 6 Abs. 6 Eisenbahnverkehrsordnung sowie in § 39 Abs. 7 des Personenbeförderungsgesetzes eine der Sachlage angemessene gesetzliche Regelung getroffen, die eine zusätzliche Anwendung des § 2 erübrigt.

Zu Nummer 2

Die am 27. Januar 1942 aufgrund des § 7 Energiewirtschaftsgesetz für allgemein verbindlich erklärten Strom- und Gasversorgungsbedingungen haben den Charakter von Rechtsnormen. Sie sind deshalb dem Anwendungsbereich des vorliegenden Gesetzes entzogen.

Der Bundesminister für Wirtschaft beabsichtigt, diese Versorgungsbedingungen der zwischenzeitlichen technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Entwicklung anzupassen (vgl. § 14).

Wie bisher sollen die Versorgungsbedingungen auch künftig nur für den Tarifabnehmerbereich Verbindlichkeit erlangen. In der Praxis erfolgt die Versorgung der Sonderabnehmer allerdings häufig ganz oder teilweise ebenfalls zu diesen Bedingungen.

Dies entspricht nicht nur dem Gebot sachlicher Gleichbehandlung, sondern vor allem auch der Praktikabilität. Absatz 2 Nr. 2 läßt es deshalb auch weiterhin zu, daß an die privatrechtlich gestalteten Verträge mit Sonderabnehmern nicht notwendigerweise andere Anforderungen zu stellen sind als an die gesetzlich geregelten Tarifabnehmerverhältnisse.

Zu Nummer 3

Die in der Verordnung vom 27. Februar 1970 (Bundesgesetzbl. I S. 230) geregelten Allgemeinen Beförderungsbedingungen des Linienverkehrs sind als Rechtsnormen dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes entzogen. Sie sehen in § 14 Haftungsgrenzen für Schäden an Sachen vor, die der Fahrgast an sich trägt oder mit sich führt. Durch Absatz 2 Nr. 3 wird aus Gründen der Gleichbehandlung ermöglicht, daß die privatrechtlich gestalteten Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften in diesem Bereich gleichartige Haftungsgrenzen enthalten, soweit sie nicht zum Nachteil des Kunden von der Verordnung abweichen.

Zu Nummer 4

Die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B sieht in § 13 Nr. 4 entgegen der fünfjährigen Verjährungsfrist für Mängel bei Bauwerken gemäß § 638 Abs. 1 BGB für Bauwerke und Holzkrankungen eine Regelfrist von nur zwei Jahren vor. Andererseits wird die rechtliche Stellung des Bestellers

durch die VOB/B gegenüber dem Werkvertragsrecht des BGB in einigen Punkten verstärkt, nämlich durch Einwirkungsmöglichkeiten bereits vor Abnahme des Werks, durch die Möglichkeit, die Verjährung durch einfache schriftliche Rüge zu unterbrechen und durch Festlegung einer selbständigen weiteren Verjährungsfrist von zwei Jahren für die Mängelbeseitigungsleistung. Insgesamt wird die Verjährungsregelung der VOB von den im Deutschen Verdichtungsausschuß für Bauleistungen vertretenen Fachkreisen als ausgewogen und den heutigen Gegebenheiten im Bauwesen angemessen betrachtet. § 11 Abs. 2 Nr. 3 gestattet deshalb eine Ausnahme von dem in § 9 Nr. 10 Buchstabe f enthaltenen Verbot der Kürzung gesetzlicher Gewährleistungsfristen. Zum Schutze des Bestellers soll die Ausnahme jedoch nur dann zulässig sein, wenn die VOB als Ganzes dem Vertrag zugrunde gelegt wird.

Zu Nummer 5

Bei Sachen, die als zusammengehörig verkauft werden (z. B. mehrbändiges Lexikon), kann die Sachgesamtheit häufig nur im Verlauf mehrerer Jahre geliefert werden. Andererseits kann ein Interesse beider Vertragsteile bestehen, schon bei Beginn der Lieferungen eine feste Verpflichtung über den Bezug der Sachgesamtheit einzugehen. Für Verträge dieser Art sind deshalb die in § 9 Nr. 12 vorgesehenen Beschränkungen für Dauerschuldverhältnisse nicht passend. Gleiches gilt für Versicherungsverträge, die vielfach ihrer Natur nach auf eine mehrjährige Laufzeit hin angelegt sind. Von den Beschränkungen nach § 9 Nr. 12 ausgenommen sind schließlich Verträge zwischen den Inhabern urheberrechtlicher Rechte und Ansprüche und den näher bezeichneten Verwertungsgesellschaften. Der Zusammenschluß von Urhebern in solchen Verwertungsgesellschaften vollzieht sich teilweise in den Formen des Gesellschaftsrechts und ist insoweit schon nach § 11 Abs. 1 vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Auch soweit die treuhänderische Übertragung von Schutzrechten zur gemeinsamen Auswertung im Rahmen von Verträgen geschieht, die diesem Gesetz unterliegen, ist ein mehrjähriger Bestand der verwalteten Rechte notwendig, damit die Verwertungsgesellschaften die ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben und ihre Funktion als Schutzgemeinschaft von Urhebern gegenüber wirtschaftlich starken Verwertern sachgemäß erfüllen können.

Zu Nummer 6

Für den Bereich der Versicherungsverträge sieht bereits § 5 des Versicherungsvertragsgesetzes eine spezialgesetzliche, auf den Abschluß von Versicherungsverträgen zugeschnittene Regelung vor, die der Rechtsklarheit dient und neben dem bezweckten Schutz der Gesamtheit der Versicherten auch gewährleistet, daß der einzelne Versicherte nicht an mit ihm nicht vereinbarte Bedingungen gebunden wird. Insoweit besteht kein Bedürfnis für eine zusätzliche Regelung wie in § 9 Nr. 17.

Die in § 9 Nr. 17 angeordnete Unwirksamkeit von Schriftformklauseln dient vorwiegend dem Schutze geschäftlich unerfahrener Vertragspartner. Schließt

der Vertragspartner des Verwenders den Vertrag in Ausübung einer Berufs- oder Erwerbstätigkeit, so kann von ihm in bezug auf die Form vertraglicher Absprachen ein erhöhtes Maß an Vorsicht erwartet werden. In solchen Fällen kann der mit § 9 Nr. 17 bezweckte Schutz hinter dem Interesse an Eindeutigkeit und Klarheit vertraglicher Absprachen zurücktreten.

Zu Absatz 3

Absatz 3 enthält eine Sonderregelung für den Fall, daß in den dort bezeichneten Geschäftsbereichen (Bausparvertrag, Vertrieb von Kapitalanlageanteilen, Versicherungsvertrag) die Einbeziehungs Voraussetzungen nach § 2 ausnahmsweise einmal nicht eingehalten werden. In diesen Fällen würde ein Rückgriff auf die — insoweit fehlenden — gesetzlichen Vorschriften oder die Natur des Vertrags nach § 5 Abs. 2 zu keiner sachgerechten Lösung führen, weil das dort maßgebliche Prinzip des kollektiv ausgerichteten Geschäftssystems eine gleichmäßige und erschöpfende Regelung aller Verträge verlangt und die gleichmäßige Anwendung der behördlich genehmigten AGB gesetzlich vorgeschrieben ist. Dies gibt allerdings keinen Anlaß, solche AGB unter Durchbrechung der Einbeziehungsregelung aus der Anwendbarkeit des § 2 herauszunehmen, vielmehr sollen die dort vorgeschriebenen Einbeziehungs Voraussetzungen auch bei ihnen beachtet werden. Den Besonderheiten des kollektiv ausgerichteten Geschäftssystems und der gesetzlich vorgeschriebenen gleichmäßigen Anwendung der behördlich genehmigten AGB wird jedoch durch § 11 Abs. 3 Rechnung getragen. Das dem Käufer eines Anteilscheins nach § 20 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften für den Fall unrichtiger oder unvollständiger Prospektangaben eingeräumte Rückgaberecht wird durch die Regelung des § 11 Abs. 3 nicht berührt.

Zu § 12 (Ausnahmen vom persönlichen Anwendungsbereich)

Das Gesetz bezweckt in erster Linie eine Verbesserung des Schutzes der Letztverbraucher gegenüber AGB. Im Handelsverkehr ist das Schutzbedürfnis des AGB-unterworfenen Vertragsteils regelmäßig nicht so ausgeprägt wie in den Rechtsbeziehungen zu den Verbrauchern. Die Vorschriften des Entwurfs sind jedoch Ausprägung des die gesamte Rechtsordnung beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben. Deshalb ist es nicht möglich, etwa Handelsgeschäfte von Kaufleuten vom Anwendungsbereich schlechthin auszunehmen. Vielmehr sollen die grundlegenden Schutzvorschriften des Gesetzes ohne Rücksicht auf den persönlichen Status des AGB-unterworfenen Vertragsteils Anwendung finden, wenn einem Vertrag einseitig vorgeformulierte Bedingungen zugrunde gelegt werden.

Von einer Verschiedenbehandlung der Voll- und Minderkaufleute sieht der Entwurf ab. Theoretisch könnte zwar das Schutzbedürfnis auch innerhalb des Kreises der Gewerbetreibenden noch differenziert beurteilt werden, je nachdem ob der AGB-Untervorfene Voll- oder Minderkaufmann und ob er im

Handelsregister eingetragen ist oder nicht. Eine solche Verschiedenbehandlung würde jedoch die Rechtssicherheit im gewerblichen Geschäftsverkehr in unerwünschter Weise vermindern. Nach den Stellungnahmen der betroffenen Wirtschaftskreise wären differenzierende Vorschriften in vielen Bereichen nicht praktikabel und für die Minderkaufleute sogar nachteilig. Schließlich ermöglichen es die künftig anzuwendenden Vorschriften des Entwurfs wegen ihrer Flexibilität ebenso wie die bisherige richterliche Inhaltskontrolle, bei der Beurteilung des angemessenen Interessenausgleichs etwaigen besonderen Gegebenheiten bei Geschäften mit Minderkaufleuten Rechnung zu tragen.

Ungeachtet der grundsätzlichen Geltung des Gesetzes, insbesondere der Generalklausel des § 7, sollen die §§ 2, 8, 9 und 10 auf Rechtsgeschäfte zwischen Kaufleuten nicht angewendet werden. Die Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs zwischen Gewerbetreibenden der verschiedenen Produktions- und Vertriebsstufen sind zu differenzieren, um sie in Ansehung aller Detailregelungen des Entwurfs mit den Anforderungen des Rechtsverkehrs mit dem Letztverbraucher auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen. Der Versuch, über die unbeschränkt geltenden allgemeinen Schutzvorschriften hinaus gemeinsame Detailvorschriften für Verbrauchergeschäfte und Rechtsgeschäfte zwischen Gewerbetreibenden festzulegen, birgt die Gefahr, daß entweder der kaufmännische Rechtsverkehr zu stark eingeschnürt oder der Schutz der Letztverbraucher zu weitgehend ausgehöhlt wird.

Die in § 2 Abs. 1 vorgesehenen Obliegenheiten des Verwenders werden vielfach auch bei Vertragsabschluß zwischen Gewerbetreibenden zu beachten sein; indessen sind hier auch Fälle zu berücksichtigen, in denen die Verwendung ganz bestimmter AGB (z. B. der ADSp) in einer Branche allgemein üblich und bekannt ist, so daß sich ein ausdrücklicher Hinweis auf die Geltung dieser AGB bei Vertragsabschluß erübrigt.

Die in den §§ 8 und 9 genannten Klauseln sind bei Verträgen zwischen Kaufleuten nicht stets und immer zu mißbilligen. Risikoverlagerungen, die sich in einem Vertrag mit einem Letztverbraucher als unangemessene Benachteiligung des Kunden erweisen, können im kaufmännischen Geschäftsverkehr tragbar sein, weil sie dort im Zusammenhang mit einer Vielzahl von Geschäften zwischen den Vertragsparteien zu sehen sind und durch Vorteile anderer Art ausgeglichen werden können, die dem privaten Letztverbraucher bei einmaligem Vertragsabschluß über eine einmalige Leistung nicht zuteil werden. Andererseits können die in den §§ 8 und 9 genannten Klauseln den Vertragspartner aber auch bei einem kaufmännischen Rechtsgeschäft derart benachteiligen, daß ein angemessener Interessenausgleich verneint werden muß. Deshalb darf aus der Regelung des § 12 Satz 1 keinesfalls gefolgert werden, die im Bereich der Verbrauchergeschäfte stets unwirksamen Klauseln der §§ 8 und 9 seien im Bereich kaufmännischer Geschäfte stets wirksam. Zur Vermeidung einer solchen Folgerung stellt § 12 Satz 2 ausdrücklich klar, daß die Anwendbarkeit der Generalklausel

auch im kaufmännischen Rechtsverkehr in keiner Weise eingeschränkt ist und im Einzelfall zur Unwirksamkeit auch solcher AGB-Bestimmungen führen kann, die der Entwurf generell nur im Zusammenhang mit Verbrauchergeschäften verbieten will.

Die Vorschrift des § 10 über den internationalen Geltungsbereich des Gesetzes erscheint für kaufmännische Rechtsgeschäfte, die im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr häufig nach international einheitlichen Standardbedingungen abgewickelt werden, ungeeignet und auch nicht durchsetzbar.

Werden AGB gegenüber einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet, so ist die Anwendung der speziell auf den Schutz der Letztverbraucher zugeschnittenen §§ 2, 8, 9 und 10 ebenfalls nicht angebracht.

Zu § 13 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Der neu eingefügte § 476 a Bürgerliches Gesetzbuch soll die Rechtsunsicherheit beseitigen, die sich daraus ergibt, daß im Kaufrecht des BGB der zum Regelfall gewordene Nachbesserungsanspruch des Käufers nicht vorgesehen und mithin auch die Frage nicht geregelt ist, ob etwaige bei der Nachbesserung entstehende Kosten (z. B. Transport- oder Wegekosten) vom Verkäufer oder Käufer zu tragen sind. Mit dem Verbot in § 9 Nr. 10 Buchstabe c kann nur verhindert werden, daß in AGB Kosten der Nachbesserung von vornherein auf den Käufer abgewälzt werden. Überwiegend sind Gewährleistungsklauseln in AGB jedoch so abgefaßt, daß sie zwar die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche des Käufers ausschließen und durch ein Nachbesserungsrecht ersetzen, über die Kosten der Nachbesserung jedoch keine Regelung enthalten. Bei dieser Gestaltung, die wohl den Regelfall aller unter Verwendung von AGB abgeschlossenen Kaufverträge darstellt, besteht die Gefahr, daß der nachbesserungspflichtige Verkäufer dem Käufer später Einzelkosten der Nachbesserung wie z. B. Wege- und Transportkosten in Rechnung stellt, obwohl eine Anspruchsgrundlage hierfür zweifelhaft ist. Wegen Fehlens einer — auch nur dispositiven — gesetzlichen Regelung ist es für den Käufer riskant, sich gegen die Überwälzung derartiger Kosten zur Wehr zu setzen.

Sämtliche zum Zweck der Nachbesserung einer gekauften Sache erforderlichen Aufwendungen sollen grundsätzlich den nachbesserungspflichtigen Verkäufer treffen, insbesondere auch Transport-, Wege-, Lohn- und Materialkosten. Es ist nämlich davon auszugehen, daß sie nur deshalb entstehen, weil der Verkäufer eine mangelhafte Ware geliefert hat. Der Nachbesserungsanspruch soll den Käufer so stellen, als habe der Verkäufer eine einwandfreie Ware geliefert; die Kosten wären dann nicht entstanden. Gerade Transport- oder Wegekosten übersteigen oft bei weitem die zur Behebung des Mangels notwendigen Materialkosten. Werden sie dem Kunden überbürdet, so führt dies praktisch zu einer Entwertung seines Nachbesserungsanspruchs.

Der Verkäufer hat allerdings nur die „erforderlichen“ Aufwendungen zu tragen. Danach darf der

Käufer keinen unnötig kostspieligen Weg der Nachbesserung wählen und muß sich an entsprechende zumutbare Hinweise des Verkäufers halten.

Von dem Grundsatz des § 476 a Satz 1 nimmt Satz 2 Mehrkosten aus, die dadurch entstehen, daß die gekaufte Sache nach der Lieferung vom Wohnsitz oder der Niederlassung des Empfängers entfernt worden ist. Zu denken ist beispielsweise an einen Umzug des Käufers bzw. Empfängers unter Mitnahme der Kaufsache (z. B. eines Möbelstücks). Es wäre unbillig und mit dem in § 270 Abs. 3 BGB enthaltenen Rechtsgedanken unvereinbar, wenn auch die aus solchen Gründen entstandenen Kosten dem Verkäufer angelastet würden. Andererseits ginge es zu weit, im Rahmen der Nachbesserung alle örtlichen Veränderungen der Kaufsache nach Lieferung schlechthin dem Käufer zuzurechnen. Entspricht wie beispielsweise bei einem Kraftfahrzeug die örtliche Veränderung dem bestimmungsgemäßen Gebrauch der Kaufsache, so ist es billig, daß auch etwaige Mehrkosten (z. B. Abschleppkosten) bei örtlicher Veränderung den Verkäufer treffen.

Der vorgeschlagene § 476 a BGB enthält keinen Hinweis darauf, daß abweichende Vereinbarungen unwirksam sein sollen, und ist damit nach dem System des Bürgerlichen Gesetzbuchs abdingbar. Dies läßt sich, obwohl die Vorschrift für den Schutz des Käufers außerordentlich bedeutsam ist, wegen der Geltung auch für Geschäfte zwischen Vollkaufleuten und der derzeit insgesamt dispositiven Ausgestaltung des Gewährleistungsrechtes im BGB nicht vermeiden. Formulärmäßige Abweichungen sind allerdings nach § 9 Nr. 10 Buchstabe c im Anwendungsbereich dieser Vorschrift stets unzulässig.

Die Einfügung des § 476 a ist ohne zusätzliche Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Handelsgesetzbuchs möglich. Es entspricht der herrschenden Meinung, daß sich die Verjährung eines vertraglich vereinbarten Anspruchs des Käufers auf Nachbesserung mangels besonderer Vereinbarung nach §§ 477 ff. BGB richtet.

Obwohl auch die Gewährleistungsvorschriften des Werkvertragsrechtes des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Frage, wer die Kosten der Nachbesserung zu tragen hat, nicht ausdrücklich regeln, erscheint dort eine dem § 476 a BGB entsprechende Ergänzung nicht erforderlich. In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß die Mängelbeseitigung grundsätzlich zu keiner wirtschaftlichen Belastung des Bestellers führen darf (BGH NJW 1963, 805/812; BGH NJW 1973, 46/47). Ein indirekter Hinweis darauf, daß den Unternehmer grundsätzlich alle Kosten der Nachbesserung treffen, läßt sich auch aus § 633 Abs. 3 BGB entnehmen.

Zu § 14 (Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes)

Der Bundesminister für Wirtschaft beabsichtigt, die Allgemeinen Versorgungsbedingungen für den Bezug von Strom und Gas an die heutigen technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Erfordernisse anzupassen.

In diesem Zusammenhang ist es zweckmäßig, die in § 7 Energiewirtschaftsgesetz vorgesehene Ermächtigungsgrundlage zur wirtschaftlichen Gestaltung der allgemeinen Versorgungsbedingungen an die Erfordernisse des Artikels 80 Abs. 1 GG anzupassen. Dabei entspricht es dem Anliegen des vorliegenden Gesetzes, deutlich zum Ausdruck zu bringen, daß es zur Zielsetzung staatlicher allgemeiner Bedingungen für die Versorgung mit Strom und Gas gehört, einen Interessenausgleich zwischen Versorgungsunternehmen einerseits und Verbrauchern andererseits herbeizuführen. Diese gesetzliche Konkretisierung erscheint angebracht, auch wenn die bisherigen Allgemeinen Versorgungsbedingungen für den Bezug von Strom und Gas nicht zu einer einseitigen Berücksichtigung der Interessen der Versorgungsunternehmen geführt haben. Im Ergebnis werden die neuen Versorgungsbedingungen sicherstellen müssen, daß die Grundgedanken des vorliegenden Gesetzes in Einklang mit denjenigen Anforderungen kommen, deren Berücksichtigung die Leitungsgebundenheit der Strom- und Gasversorgung, die Anschluß- und Versorgungspflicht der Unternehmen sowie das Erfordernis der ausreichenden, sicheren und preiswürdigen Versorgung mit Strom und Gas gebieten.

Zu § 15 (Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen)

Im Gegensatz zur Strom- und Gasversorgung gibt es nach geltendem Recht für die privatrechtlich geregelte Wasser- sowie für die Fernwärmeversorgung keine staatlich gesetzten allgemeinen Versorgungsbedingungen. Soweit sich die Wasserversorgung öffentlich-rechtlich vollzieht, gilt Satzungsrecht.

Da die Beziehungen zwischen Versorgungsunternehmen und Verbrauchern in den Bereichen Wasser und Fernwärme im Grundsatz keine anderen Fragen aufwerfen als bei Strom und Gas, erscheint es zweckmäßig, diese Versorgungszweige auch hinsichtlich ihrer Rechtsgrundlage gleichzubehandeln. Auch bei Wasser und Fernwärme ist das Verhältnis zwischen Versorgungsunternehmen und Abnehmern durch die monopolartige Stellung des Unternehmens und die dadurch bedingte Abhängigkeit des Verbrauchers gekennzeichnet. Schon hieraus, vor allem aber aus den Besonderheiten, die mit der Leitungsgebundenheit dieser Versorgung zusammenhängen, ergeben sich eine Fülle von Einzelproblemen, die das vorliegende, auf grundsätzliche Verbraucheranliegen beschränkte Gesetz nicht lösen könnte. Es empfiehlt sich deshalb, diese Fragen außerhalb dieses Gesetzes zu lösen.

Der Bundesminister für Wirtschaft beabsichtigt, von der Ermächtigungsgrundlage des § 15 noch vor dem in § 16 Abs. 3 genannten Termin Gebrauch zu machen. Das vorliegende Gesetz wird auf die Wasser- und Fernwärmeversorgung deshalb keine Anwendung finden; der Bezug von Wasser und Fernwärme wird sich im Rahmen der vorgesehenen Rechtsverordnungen vollziehen. Ebenso wie im Bereich der Strom- und Gasversorgung wird es auch beim Erlaß allgemeiner Bedingungen für die Wasser- und Fern-

wärmeversorgung darum gehen, die Maßstäbe des vorliegenden Gesetzes in Einklang mit den Anforderungen zu bringen, welche infolge der Eigenart leitungsgebundener Energieversorgung berücksichtigt werden müssen.

Zu § 16 (Übergangsregelung)

Die Vorschriften des Gesetzes gehen teilweise über die von der Rechtsprechung entwickelten, schon jetzt geltenden Grundsätze zur Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen hinaus. Ihre Anwendung auf Verträge, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen worden sind, ist deshalb nach § 16 Absatz 1 grundsätzlich ausgeschlossen.

Für die in Absatz 2 bezeichneten Dauerchuldverhältnisse soll jedoch, soweit sie noch nicht abgewickelt sind, die Generalklausel des § 7 gelten. Diese Regelung hat vorwiegend klarstellende Funktion, da § 7 eine gesetzliche Konkretisierung des Vertragsrechts nach § 242 BGB schon jetzt beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben darstellt. Durch die vorgeschlagene Regelung soll vermieden werden, daß möglicherweise noch etliche Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes Verträge Geltung beanspruchen, deren Inhalt in unerträglichem Widerspruch zu den grundlegenden Wertungsmaßstäben des Gesetzes stehen. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Anwendbarkeit der Generalklausel auf die vor Inkrafttreten des Gesetzes begründeten Dauerchuldverhältnisse bestehen nicht, weil die in § 7 verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe in jedem Fall eine verfassungskonforme Auslegung ermöglichen. Zudem ist die Geltung des § 7 nur insoweit vorgesehen, als aus den betroffenen Vertragsverhältnissen für die Zukunft Rechte und Pflichten der Vertragsparteien erwachsen.

Hinsichtlich der in Absatz 3 genannten Verträge über die Versorgung mit Wasser und Fernwärme wird der Bundesminister für Wirtschaft nach § 15 ermächtigt, die Bedingungen für die Bezugsverträge durch Rechtsverordnung festzusetzen. Aus diesem Grunde werden diese Verträge für eine Übergangszeit von drei Jahren von der Anwendung des Gesetzes ausgenommen. Es ist beabsichtigt, von der Ermächtigung schon vor Eintritt des in Absatz 3 bestimmten Termins Gebrauch zu machen.

Zu § 17 (Berlin-Klausel)

Das Gesetz soll auch in Berlin gelten, deshalb enthält es die übliche Berlin-Klausel.

Zu § 18 (Inkrafttreten)

Das Gesetz wird in einer Vielzahl von Fällen die Überprüfung und Anpassung der bisher verwendeten AGB an die neuen Vorschriften notwendig machen. Hierzu muß den betroffenen Klauselverwendern eine ausreichende Frist eingeräumt werden. Im Interesse der Rechtssicherheit und Praktikabilität erscheint es ferner wünschenswert, daß die neuen

Vorschriften zu einem leicht einprägsamen, auch einen kalendermäßigen Einschnitt darstellenden Zeitpunkt in Kraft treten, etwa zum 1. eines Jahresquartals. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte wird im Verlauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens der Zeitpunkt des Inkrafttretens zu bestimmen sein. Die in den §§ 14 und 15 enthaltenen Ermächtigungen sollen, um die Anpassung der Versorgungsbedingungen umgehend in die Wege zu leiten, am Tage nach der Verkündung des Gesetzes in Kraft treten.

C. Kosten

Das Gesetz hat keine Auswirkungen auf die Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Haushalte.

In Bereichen, in denen bisher unbillige Vertragsbestimmungen verwendet und im Falle ihrer Aktualisierung auch durchgesetzt werden, können geringfügige Auswirkungen des Gesetzes auf das künftige Verbraucherpreisniveau nicht völlig ausgeschlossen werden. Ein Zusammenhang zwischen kundenunfreundlichen Vertragsbestimmungen und Verbraucherpreisen ist, wenn überhaupt, zahlenmäßig allerdings nicht quantifizierbar. In der Marktwirtschaft ist der Preis nicht nur Ersatz von Aufwendungen, sondern vor allem auch Indikator für die Knappheit der Ware. Im übrigen müßte es rechts- und verbraucherpolitisch in Kauf genommen werden, daß das Risiko von Schlechtleistungen im heutigen Massenumsatz von Gütern und Leistungen eher die Gesamtheit der Beteiligten als den einzelnen Abnehmer trifft, bei dem es sich zufällig verwirklicht.

Stellungnahme des Bundesrates

1. Zu den Eingangsworten

Die Eingangsworte sind wie folgt zu fassen:

„Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen:“

Begründung

Auf Grund der vorgeschlagenen verfahrensrechtlichen Vorschriften (s. unten Nummer 11) ist das Gesetz zustimmungsbedürftig. Danach soll in § 14 Abs. 5 der Bundesminister der Justiz ermächtigt werden, das Verwaltungsverfahren von Landesbehörden zu regeln. Das Gesetz bedarf daher nach Artikel 84 Abs. 1 GG der Zustimmung des Bundesrates. Dies ergibt sich des weiteren aus dem Vorschlag des Bundesrates zu § 14 Nr. 3 des Regierungsentwurfs (s. unten Nummer 13).

2. Zu § 1

§ 1 ist wie folgt zu fassen:

„§ 1

Begriffsbestimmung

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluß eines Vertrages stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfaßt sind und welche Form der Vertrag hat.

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind.“

Begründung

In der Vorschrift sollte — wie üblich — nicht der Anwendungsbereich umschrieben, sondern die für das Gesetz maßgebliche Begriffsbestimmung festgelegt werden.

Entsprechend sollte Absatz 2 eine Ausnahme von der Begriffsbestimmung und nicht vom Anwendungsbereich enthalten.

3. Zu § 4 a — neu —

Nach § 4 ist folgender § 4 a einzufügen:

„§ 4 a

Unklarheitenregel

Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.“

Begründung

Diese, gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung entsprechende Unklarheitenregel darf in einem Gesetz, das die Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zum Gegenstand hat, nicht fehlen. Da der Entwurf alle allgemeinen Grundsätze normieren will, die für das Recht der AGB gelten sollen, könnte das Fehlen der Unklarheitenregel im Gesetz zu dem Fehlschluß verleiten, in Zukunft sollten bei der Auslegung unklarer AGB die allgemeinen Grundsätze gelten, die für Individualverträge Anwendung finden.

Da der Kunde auf die inhaltliche Ausgestaltung der AGB keinen Einfluß hat, muß die Risikoverteilung bei Auslegungszweifeln beim AGB-Verwender verbleiben. Der Umstand, daß in der Rechtsprechung verschiedentlich mit Hilfe der Unklarheitenregel eine „verdeckte Inhaltskontrolle“ vorgenommen wurde, spricht nicht gegen die Aufnahme der Unklarheitenregel in das Gesetz. Vielmehr wird man davon ausgehen können, daß die im Gesetz nunmehr abgesicherte Inhaltskontrolle nach den Maßstäben der Generalklausel und der zahlreichen relativ und absolut unzulässigen Klauseln zu einem Abgehen von dieser unerwünschten, weil verdeckten Kontrolltätigkeit führen wird.

Zudem ist von einer Normierung der Unklarheitenregel zu erhoffen, daß sie die Aufsteller von AGB bei der Abfassung zu einer klaren und deutlichen Ausdrucksweise anhalten wird. Dieser Präventionseffekt ginge verloren, wenn eine Normierung der Unklarheitenregel unterbliebe.

4. Zu § 5 a — neu —

Nach § 5 ist folgender § 5 a einzufügen:

„§ 5 a

Zusammentreffen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Nehmen beide Vertragsparteien auf Allgemeine Geschäftsbedingungen Bezug, die sich

insgesamt oder in einzelnen Bestimmungen widersprechen und haben sie insoweit eine ausdrückliche Einigung nicht erzielt, so werden Bestimmungen, soweit sie sich widersprechen, für den Vertrag nicht wirksam. § 5 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend."

B e g r ü n d u n g

Ein Gesetz, das der Regelung des Rechts der AGB dienen soll, muß die insbesondere für den kaufmännischen Verkehr wichtige Frage regeln, was gelten soll, wenn beide Vertragsparteien aufeinander widersprechende AGB Bezug nehmen. Dem steht nicht entgegen, daß in § 12 eine Ausnahme von der in § 2 enthaltenen Einbeziehungsregelung im kaufmännischen Verkehr vorgesehen ist, denn § 2 regelt nur die Frage, welche besonderen Voraussetzungen für die Einbeziehung von AGB in einen Vertrag gelten sollen, nicht dagegen die Frage, welche AGB gelten sollen, wenn sich beide Vertragsparteien aufeinander widersprechende AGB beziehen. Nach widersprechenden Beurteilungen durch die Rechtsprechung geht diese neuerdings dahin, daß bei Fehlen einer ausdrücklichen Einigung darüber, welche AGB gelten sollen, keine der AGB Vertragsbestandteil werden (vgl. BGH in BB 1974, S. 1136). Um die durch diesen teilweisen Dissens entstehende Lücke zu füllen, soll § 5 Abs. 2 und 3 anwendbar sein, der für andere Fallgruppen, in denen AGB ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, eine ausgewogene Regelung enthält.

Die vorgeschlagene Fassung erklärt voneinander abweichende Bestimmungen in den beiderseitigen AGB nur insoweit für unwirksam, als sie sich tatsächlich widersprechen. Damit wird zugleich zum Ausdruck gebracht, daß ein im übrigen übereinstimmender Inhalt gültig ist (z. B. ist bei abweichenden Fristen der von beiden Teilen übereinstimmend gewollte Teil der Frist wirksam).

Entgegen der in der Begründung des Entwurfs zu § 2 geäußerten Auffassung sollte die Lösung dieses Konfliktfalls nicht weiterhin der Rechtsprechung überlassen bleiben. Es erscheint auch nicht unangemessen, bei beiderseitiger Verweisung der Vertragsparteien aufeinander widersprechende AGB eine konkludente Annahme zu verhindern, weil dies der Rechtssicherheit und der Klarheit darüber widerspricht, welche voneinander widersprechenden AGB im Einzelfall Geltung beanspruchen können.

Im übrigen könnte bei Fehlen einer einschlägigen Regelung in dem Gesetz, das im übrigen weitgehend die herrschende Rechtsprechung kodifiziert, der nicht gewollte Umkehrschluß gezogen werden, daß der Gesetzgeber der nunmehrigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Grundlage entziehen will.

5. Zu § 5 b — neu —

Nach § 5 a ist folgender § 5 b einzufügen:

„§ 5 b

Umgehungsverbot

Dieses Gesetz findet auch Anwendung, wenn seine Vorschriften durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden."

B e g r ü n d u n g

Die Gefahr, daß die künftigen Schutzvorschriften Umgehungsversuchen ausgesetzt sein werden, läßt sich nicht ausschließen. Bei der Mehrzahl der Vorschriften des Entwurfs wird Umgehungsversuchen ohne weiteres dadurch ein Riegel vorgeschoben werden können, daß sie sachgerecht ausgelegt werden; dies gilt insbesondere für die in den allgemeinen Vorschriften enthaltenen Regelungen. Dagegen erscheint es möglich, daß die in den Verbotskatalogen enthaltenen Vorschriften durch geringfügig anderweitige Umgestaltungen unterlaufen werden, ohne daß in allen Fällen solche Umgehungsversuche mit Hilfe der Generalklausel aufgefangen werden können. Auch könnten, um die in dem Gesetzentwurf vorgesehenen Schranken für die Ausgestaltung von schuldrechtlichen Verträgen zu umgehen, Gestaltungen des Vereins- oder Gesellschaftsrechts verwendet werden, die nach § 11 Abs. 1 von der Anwendung des Gesetzes ausgeschlossen sind. So könnten etwa die Abnehmer von Waren (Büchern, Schallplatten etc.) in Vereinen oder Gesellschaften organisiert und ihre Abnahmepflichten als Beiträge oder dgl. aufgemacht werden, um Verboten, wie z. B. in § 9 Nr. 12 für Dauerlieferverträge vorgesehen, zu entgehen. Auch die Vorschriften des § 8 Nr. 5 (Vereinbarung der Geltung ausländischen Rechts) und des § 10 (zwischenstaatlicher Geltungsbereich) könnten dadurch umgangen werden, daß künstlich Anknüpfungspunkte an ausländisches Recht geschaffen werden oder durch gezielte Maßnahmen der Kunde seine Willenserklärung nicht im Geltungsbereich dieses Gesetzes abgibt (Omnibusfahrten ins benachbarte Ausland) — s. dazu jedoch den Vorschlag zu § 10 Abs. 2 —. Wenn das Gesetz, wie vorgeschlagen, ein ausdrückliches Umgehungsverbot enthält, errichtet es damit Schranken gegen derartige Versuche, so daß einem gesetzlich normierten Umgehungsverbot auch eine erhebliche vorbeugende Wirkung zugeschrieben werden muß.

Schließlich erscheint eine besondere Umgehungsvorschrift im Bereich des Rechts der AGB auch deshalb erforderlich, weil es im Bereich des bürgerlichen Rechts derzeit keinen geschriebenen allgemeinen Grundsatz des Inhalts gibt, daß Umgehungen von Schutzvorschriften ipso jure zur Nichtigkeit der auf die Umgehung abzielenden Vereinbarungen führen. Andererseits kann, wie z. B. die Rechtsprechung zu § 6 AbzG zeigt, ein solches ausdrückliches Umge-

hungsverbot im Zusammenhang mit zwingenden Schutzvorschriften außerordentliche praktische Bedeutung erlangen.

Das Umgehungsverbot soll allerdings nicht dazu dienen, den Anwendungsbereich des Gesetzes über die in § 1 definierten AGB hinaus etwa auf Individualabreden oder auf zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelte AGB zu erstrecken. In solchen Fällen liegt keine Umgehung vor, ohne daß dies noch einer gesetzlichen Klarstellung bedürfte.

6. Zu §§ 8, 9

Die Bundesregierung wird gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens darauf hinzuwirken, daß die in den §§ 8 und 9 enthaltenen Klauseln mit besonderen Zwischenüberschriften versehen werden.

Begründung

Die im Gesetzentwurf vorgesehenen beiden Klauselgruppen sind schwer überschaubar formuliert. Derjenige, der mit dem Gesetzesinhalt nicht ohnehin vertraut ist, muß in jedem Einzelfall sämtliche Kataloge durchsehen, um festzustellen, ob für den von ihm zu prüfenden Fall eine einschlägige Verbotsklausel vorhanden ist. Die Einfügung von Zwischenüberschriften würde das Gesetz lesbarer gestalten.

7. Zu § 8

a) Zu § 8 Nr. 1

§ 8 Nr. 1 ist wie folgt zu fassen:

„1. eine Bestimmung, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots oder die Erbringung einer Leistung vorbehält;“.

Begründung

Der Rechtsgedanke, daß Fristen für die Erbringung einer Leistung nicht unangemessen lang sein und einer hinreichenden Bestimmbarkeit nicht ermangeln dürfen, sollte generell normiert werden, nicht nur für einige Anwendungsbereiche. Angemessene und hinreichend bestimmte Fristen sind z. B. auch bei der Veräußerung von Eigentumswohnungen erforderlich.

b) Zu § 8 Nr. 2

In § 8 Nr. 2 sind nach dem Wort „lange“ die Worte „oder nicht hinreichend bestimmte“ einzufügen.

Begründung

Nicht nur bei den in § 8 Nr. 1 aufgeführten Fristen, sondern auch bei der Nachfrist des

§ 326 Abs. 1 BGB ist es denkbar, daß der Verwender diese nicht hinreichend bestimmt. § 8 Nr. 2 sollte daher entsprechend ergänzt werden. Andernfalls könnte auch aufgrund eines Umkehrschlusses aus § 8 Nr. 1 das Vorbehalten nicht hinreichend bestimmter Nachfristen für zulässig erachtet werden.

c) Zu § 8 Nr. 3, 3 a — neu —

aa) § 8 Nr. 3 ist wie folgt zu fassen:

„3. die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen; dies gilt nicht für Dauerschuldverhältnisse;“.

bb) Nach Nummer 3 ist folgende neue Nummer 3 a einzufügen:

„3a. die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist;“.

Begründung

Diese dem Vorschlag der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz und dem ersten Referentenentwurf entsprechende Fassung der Bestimmungen ist vorzuziehen, weil es unbillig erscheint, daß im Falle der Leistungsänderung oder Abweichung der den AGB unterworfenen Kunde die Beweislast dafür haben soll, daß ihm diese Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen unzumutbar ist. Grundsätzlich ist nämlich davon auszugehen, daß der Schuldner seine Leistung so zu erbringen hat, wie er sich im Vertrag dazu verpflichtet hat. Wenn es der Entwurf in Sonderfällen ausnahmsweise zuläßt, daß der Schuldner in einseitiger Weise die versprochene Leistung ändert oder von ihr abweicht, erscheint es demnach aus Gründen der Gerechtigkeit geboten, ihm die Beweislast dafür aufzuerlegen, daß diese Änderung bzw. Abweichung für die andere Vertragspartei zumutbar ist, weil er die ursprünglich vereinbarte vertragliche Leistung nicht erbringt. Eine derartige Bewertung der beiderseitigen Interessen und der Regelung der Beweislast dürfte auch allein den Grundsätzen entsprechen, die § 7 für die Generalklausel enthält.

Die Aufteilung in zwei Nummern bedeutet eine redaktionelle Verbesserung.

d) Zu § 8 Nr. 3 b — neu —

Es ist folgende neue Nummer 3 b einzufügen:

„3b. eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, daß

- a) dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und
- b) der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen;“.

Begründung

In Übereinstimmung mit den Vorschlägen der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz und den vorangegangenen Referentenentwürfen erscheint es wegen des häufigen Vorkommens solcher Fiktionsklauseln in der Praxis erforderlich, deren Zulässigkeit konkret zu regeln und die Entscheidung einschlägiger, häufig vorkommender Fälle nicht der Anwendung der Generalklausel zu überlassen. Da solche Klauseln über die Fiktion der Abgabe bzw. Nichtabgabe von Erklärungen insbesondere im Mengengeschäft der Versicherungen und der Banken nicht entbehrlich erscheinen, können sie nicht als absolut unzulässig bezeichnet werden. Andererseits sollte das Gesetz aber sicherstellen, daß die Wirkungen solcher Klauseln nur dann eintreten können, wenn dem Vertragspartner im konkreten Einzelfall eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen — also gegenteiligen — Erklärung eingeräumt wurde und sich der Verwender solcher Klauseln bereits in den einschlägigen AGB verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen. Diese Hinweispflicht erscheint erforderlich, weil nicht davon ausgegangen werden kann, daß der Kunde im weiteren Verlauf der Vertragsgeltung, also unter Umständen noch nach Jahren, weiß, welche Rechtsfolge im konkreten Einzelfall an sein Schweigen auf eine Mitteilung hin geknüpft wird.

Die vorgeschlagene Regelung entspricht beispielsweise der Praxis der Banken, die in ihren AGB vorgesehen haben, daß der Vertragspartner jeweils angemessene Fristen zur Abgabe von ausdrücklichen Erklärungen eingeräumt werden. Bei der Zusendung von Jahresabschlüssen über Girokonten werden dann die Bankkunden jeweils auf dem Formular darüber belehrt, welche Rechtsfolge ihr Schweigen hat.

e) Zu § 8 Nr. 5

§ 8 Nr. 5 ist wie folgt zu fassen:

„5. die Vereinbarung eines nicht im Geltungsbereich dieses Gesetzes geltenden Rechts in Fällen, in denen hierfür kein anerkanntes Interesse besteht.“

Begründung

Redaktionelle Änderung, die die Fassung dem bisher üblichen Sprachgebrauch anpaßt.

8. Zu § 9

a) Zu § 9 Nr. 10 Buchstabe a

In § 9 Nr. 10 Buchstabe a ist vor dem Wort „Inanspruchnahme“ das Wort „gerichtlichen“ einzufügen.

Begründung

Es erscheint zwar unbillig, den Kunden bei Kauf-, Werk- oder Werklieferungsverträgen über neu hergestellte Sachen im Gewährleistungsfall abschließend auf die Inanspruchnahme Dritter zu verweisen, weil es grundsätzlich Sache des Vertragspartners ist, berechnete Gewährleistungsansprüche selbst zu erfüllen. Dies erfordert jedoch nicht, jedwede Verweisung des Kunden seitens des Verwenders von AGB an einen Dritten im Gewährleistungsfall von vornherein für unzulässig zu erklären. Die berechtigten Gewährleistungsansprüche des Kunden können auch in der Weise gewahrt werden, daß er sich, wenn der Dritte seine Ansprüche nicht erfüllt, sofort ohne weitere Hindernisse an den Vertragspartner halten kann. Würde auch die Verweisung des Kunden auf den Versuch einer vorherigen Inanspruchnahme Dritter generell verboten, so würde das gesamte Garantiekartensystem in Frage gestellt. § 9 Nr. 10 Buchstabe a verbietet den Ausschluß der eigenen Gewährleistungshaftung des Verwenders und seine endgültige Ersetzung durch eine Garantieerklärung des Herstellers, was dazu führt, daß nach Inkrafttreten des Gesetzes im Garantiekartensystem die Garantiehaftung des Herstellers nach Maßgabe seiner Erklärung neben die gesetzliche Gewährleistungshaftung des Vertragspartners tritt. Die fachlich sicher meist bessere Befriedigung von Garantieansprüchen des Kunden durch den Hersteller würde aber in Frage gestellt, wenn es dem Verwender nicht mehr möglich wäre, in einem Gewährleistungsfall den Kunden zunächst an den Hersteller im Hinblick auf die von diesem abgegebene Garantieerklärung zu verweisen.

Schützenswert erscheint der Kunde erst dann, wenn der Dritte — meist der Hersteller oder ein Bauhandwerker — die Erfüllung der vom Kunden geltend gemachten Gewährleistungsansprüche ablehnt oder sonst

hierzu außer Stande ist. Für den Kunden bedeutet es keine unzumutbare Beeinträchtigung, wenn er zunächst auf die außegerichtliche Inanspruchnahme des Dritten verwiesen wird. Sobald dieser darauf nicht reagiert oder die Erfüllung der Ansprüche ablehnt bzw. nicht verwirklichen kann, soll sich der Kunde wieder an seinen Vertragspartner halten können. Deshalb genügt es, unter Berücksichtigung der beiderseitigen Belange nur solche Klauseln zu verbieten, die den Kunden auch dazu zwingen, den Dritten gerichtlich in Anspruch zu nehmen. Zudem ist die im Entwurf vorgesehene Fassung, die lediglich von Inanspruchnahme spricht, zu ungenau, weil nicht gesagt ist, was unter einer derartigen Inanspruchnahme zu verstehen ist. Dies ist aber gerade auf Grund der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs derzeit umstritten und klärungsbedürftig.

b) **Zu § 9 Nr. 17**

§ 9 Nr. 17 ist wie folgt zu fassen:

„17. eine Bestimmung, wonach die Wirksamkeit zusätzlicher, in der Vertragsurkunde nicht enthaltener Abreden von der Einhaltung der Schriftform oder davon abhängig gemacht wird, daß der Verwender sie schriftlich bestätigt.“

Begründung

Die im Entwurf vorgesehene Fassung der Nummer 17 könnte dahin ausgelegt werden, daß eine einschlägige AGB-Klausel des Verwenders auch bereits für den Bereich des Vertragsabschlusses zur Anwendung kommt. Dies ist aber nicht beabsichtigt, da der Entwurf lediglich die sog. mündlichen Nebenabreden, die außerhalb eines sonst schriftlich niedergelegten Vertrags getroffen werden, nicht der Schriftformklausel in den AGB des Verwenders unterwerfen will. Dagegen soll es nach wie vor zulässig sein, daß ein AGB-Verwender die Wirksamkeit seiner Vertragsannahme von der Schriftform oder von einer schriftlichen Bestätigung abhängig macht.

Die vorgeschlagene Ergänzung dient daher der Klarstellung.

9. **Zu § 10**

§ 10 ist wie folgt zu fassen:

„§ 10

Zwischenstaatlicher Geltungsbereich

(1) Unterliegt ein Vertrag einem nicht im Geltungsbereich dieses Gesetzes geltenden Recht, so sind die Vorschriften dieses Gesetzes gleichwohl zu berücksichtigen, wenn

1. der Vertrag auf Grund eines öffentlichen Angebots, einer öffentlichen Werbung oder einer

ähnlichen im Geltungsbereich dieses Gesetzes entfaltenen geschäftlichen Tätigkeit des Verwenders zustande kommt,

2. der andere Vertragsteil bei Abgabe seiner auf den Vertragsschluß gerichteten Erklärung seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat und
3. dieser seine Willenserklärung im Geltungsbereich dieses Gesetzes abgibt.

(2) Das Erfordernis in Absatz 1 Nr. 3 entfällt, wenn ein Vertrag anlässlich einer Reise abgeschlossen wird, die vom Verwender oder einem mit ihm in Vertragsbeziehungen stehenden Dritten durchgeführt wird und die überwiegend dem Vertragsabschluß außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes dient. Satz 1 gilt nicht für Verträge über unbewegliche Sachen.“

Begründung

Zu Absatz 1

- a) Redaktionelle Änderung, die die Fassung dem bisher üblichen Sprachgebrauch anpaßt.
- b) Absatz 1 enthält nicht zwei, sondern drei kumulative, voneinander unabhängige Voraussetzungen für die erforderliche Intensität der Inlandsbeziehung. Dies sollte redaktionell auch deutlich werden.

Zu Absatz 2

Die Beziehung zum Inland ist auch ohne die dritte Voraussetzung gegeben, wenn der Kunde vom Verwender oder in dessen Auftrag zum Zwecke des Vertragsabschlusses aus dem Geltungsbereich dieses Gesetzes gebracht wird, um die Anwendung dieses Gesetzes zu umgehen. Grundstücksgeschäfte stellen dabei einen Sonderatbestand dar, der nicht regelungsbedürftig ist.

10. **Zu § 11**

In § 11 Abs. 2 Nr. 6 sind die Worte „für Versicherungsverträge sowie“ zu streichen.

Begründung

Gerade bei Versicherungsverträgen besteht, wie die Praxis zeigt, häufig die Gefahr, daß der künftige Versicherungsnehmer bei der Entgegennahme seines Vertragsantrags durch den Versicherungsvertreter oder -agenten eine Reihe mündlicher Zusagen erhält, auf die er sich verläßt, ohne daß diese schriftlich niedergelegt werden. Bei dem üblichen Umfang von Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) besteht die besonders naheliegende Gefahr, daß der Versicherungsnehmer eine in den Antragsunterlagen oder den darin in Bezug genommenen AVB enthaltene Schriftformklausel über-

sieht, zumal § 11 Abs. 3 insoweit noch Erleichterungen für Versicherungsverträge vorsieht.

Zudem wird durch die vorgesehene Ausnahme für Versicherungsverträge vom Verbot der Schriftformklausel im Endergebnis auch § 5 Abs. 2 des Versicherungsvertragsgesetzes ausgehöhlt. In § 5 Abs. 1 VVG ist nämlich vorgesehen, daß dann, wenn der Inhalt des Versicherungsscheins von dem Antrag oder den getroffenen Vereinbarungen abweicht, die Abweichung als genehmigt gilt, wenn der Versicherungsnehmer nicht innerhalb eines Monats nach Empfang des Versicherungsscheins schriftlich widerspricht. Diese Genehmigung setzt jedoch voraus, daß der Versicherer den Versicherungsnehmer bei Aushändigung des Versicherungsscheins darauf hingewiesen hat, daß Abweichungen als genehmigt gelten, wenn der erwähnte Widerspruch nicht zeitgerecht erfolgt. In diesem Hinweis ist auf die einzelnen Abweichungen besonders aufmerksam zu machen. Abweichungen in diesem Sinne können auch vorliegen, wenn von getroffenen mündlichen Vereinbarungen abgewichen wird. Durch die Zulassung der Schriftformklausel für Versicherungsverträge tritt die Unwirksamkeit von mündlichen Nebenabreden jedoch bereits durch die Nichtbeachtung der Schriftformklausel ein; für mündliche Nebenabreden würde daher kein Anwendungsbereich des § 5 VVG mehr bleiben; § 5 VVG würde damit im Ergebnis abgeändert.

11. Zum Vierten Abschnitt

- a) Es ist folgender neuer Vierter Abschnitt einzufügen:

„Vierter Abschnitt
Verfahrensrecht

§ 13

Unterlassungsanspruch

(1) Wer Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die nach den §§ 7 bis 9 unwirksam sind, kann von dem anderen Vertragsteil auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

(2) In dem Urteil ist demjenigen, der nach §§ 7 bis 9 unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, auch aufzugeben, die Verwendung dem Inhalt nach gleicher Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu unterlassen.

(3) Auf ihren Antrag kann der obsiegenden Partei die Befugnis zugesprochen werden, den verfügenden Teil des Urteils innerhalb bestimmter Frist auf Kosten der unterliegenden Partei öffentlich bekanntzumachen. Art, Inhalt und Umfang der Bekanntmachung sind im Urteil zu bestimmen.

(4) Der Anspruch nach Absatz 1 verjährt in zwei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Anspruchsberechtigte von der Verwendung der unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen Kenntnis erlangt hat, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in drei Jahren von der jeweiligen Verwendung an.

§ 14

Verbandsklage

(1) Der Anspruch auf Unterlassung kann auch geltend gemacht werden:

- a) von Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen,
- b) von Verbänden, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen,

soweit die Verbände als solche in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen können und ihnen von der fachlich zuständigen obersten Landesbehörde die allgemeine Erlaubnis erteilt ist, den Unterlassungsanspruch geltend zu machen.

(2) Die Landesregierung kann die Zuständigkeit nach Absatz 1 durch Rechtsverordnung auf eine andere Behörde übertragen.

(3) Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn der Verband die erforderliche Zuverlässigkeit sowie genügende Sachkunde besitzt und im Rahmen seines Aufgabenbereichs auf überregionaler Ebene tätig ist; die Erteilung der Erlaubnis kann auf Spitzenorganisationen der in Absatz 1 genannten Verbände beschränkt werden.

(4) Die Erlaubnis ist widerruflich. Sie ist zu widerrufen, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis nicht mehr gegeben sind.

(5) Das Zulassungs- und Widerrufsverfahren wird durch Rechtsverordnung des Bundesministers der Justiz mit Zustimmung des Bundesrates geregelt.

§ 15

Prozeßstandschaft

Der Verband, zu dessen satzungsgemäßen und tatsächlich wahrgenommenen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen, ist, soweit er als solcher in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen kann, im Rahmen seines Aufgabenbereichs berechtigt, Ansprüche seiner Mitglieder geltend zu machen, wenn er hierzu im Einzelfall schriftlich ermächtigt ist und wenn der Anspruch von einer Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen abhängt, die nach den §§ 7 bis 9 unwirksam ist.

§ 16

Zuständigkeit

Für Klagen auf Grund der §§ 13, 14 ist ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes das Landgericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk der Beklagte seine gewerbliche Niederlassung oder in Ermangelung einer solchen seinen Wohnsitz hat. Für Personen, die im Inland weder eine gewerbliche Niederlassung noch einen Wohnsitz haben, ist das Gericht des inländischen Aufenthaltsorts zuständig. Hat hiernach der Beklagte im Inland keinen Gerichtsstand, so ist das Gericht zuständig, an dem der Kläger seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

§ 17

Einstweilige Verfügung

Zur Sicherung des Anspruchs auf Unterlassung kann eine einstweilige Verfügung erlassen werden, auch wenn die in den §§ 935, 940 der Zivilprozeßordnung bezeichneten Voraussetzungen nicht vorliegen.

§ 18

Klagenverbindung

Mit der Klage aus diesem Gesetz kann die Klage wegen eines anderen Anspruchs verbunden werden, wenn dieser im rechtlichen oder unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Anspruch steht, der bei dem nach § 16 zuständigen Gericht geltend zu machen ist. Dies gilt auch dann, wenn für die Klage wegen des anderen Anspruchs eine ausschließliche Zuständigkeit gegeben ist.

§ 19

Streitwert

(1) Bei Streitigkeiten nach den §§ 13, 14 beträgt der Wert des Streitgegenstandes 5 000 Deutsche Mark. Er ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere des Umfangs und der Bedeutung der Sache und der Vermögens- und Einkommensverhältnisse der Parteien, höher oder niedriger anzunehmen; jedoch darf der Wert nicht über eine Million Deutsche Mark und nicht unter 2 000 Deutsche Mark angenommen werden.

(2) Ist mit einem Anspruch nach § 13 ein anderer vermögensrechtlicher Anspruch verbunden, so ist nur ein Anspruch, und zwar der höhere, maßgebend.

(3) Macht eine Partei glaubhaft, daß die Belastung mit den Prozeßkosten nach dem vollen Streitwert ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde, so kann das Gericht auf ihren Antrag anordnen, daß die Verpflichtung dieser Partei zur Zahlung von

Gerichtskosten sich nach einem ihrer Wirtschaftslage angepaßten Teil des Streitwerts bemißt. Die Anordnung hat zur Folge, daß die begünstigte Partei die Gebühren ihres Rechtsanwalts ebenfalls nur nach diesem Teil zu entrichten hat. Soweit ihr Kosten des Rechtsstreits auferlegt werden oder soweit sie diese übernimmt, hat sie die vom Gegner entrichteten Gerichtsgebühren und die Gebühren seines Rechtsanwalts nur nach dem Teil des Streitwerts zu erstatten. Soweit die außergerichtlichen Kosten dem Gegner auferlegt oder von diesem übernommen werden, kann der Rechtsanwalt der begünstigten Partei seine Gebühren von dem Gegner nach dem für diesen geltenden Streitwert betreiben.

(4) Der Antrag nach Absatz 3 kann vor der Geschäftsstelle des Gerichts zur Niederschrift erklärt werden. Er ist vor der Verhandlung zur Hauptsache anzubringen. Danach ist er nur zulässig, wenn der angenommene oder festgesetzte Streitwert später durch das Gericht heraufgesetzt wird. Vor der Entscheidung über den Antrag ist der Gegner zu hören.

§ 20

Konzentrationsermächtigung

(1) Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung Rechtsstreitigkeiten, für die nach § 16 ausschließlich die Landgerichte zuständig sind, einem Landgericht für die Bezirke mehrerer Landgerichte zuzuweisen, wenn eine solche Zusammenfassung der Rechtspflege, insbesondere zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, dienlich ist. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.

(2) Durch Staatsverträge zwischen Ländern kann die Zuständigkeit eines Landgerichts für einzelne Bezirke oder das gesamte Gebiet mehrerer Länder begründet werden.

(3) Die Parteien können sich vor den nach den Absätzen 1 und 2 bestimmten Gerichten auch durch Rechtsanwälte vertreten lassen, die bei dem Gericht zugelassen sind, vor das der Rechtsstreit ohne die Regelung nach den Absätzen 1 und 2 gehören würde.

§ 21

Mitteilungspflichten

Das Landgericht hat das Bundeskartellamt über alle Rechtsstreitigkeiten, die sich aus den §§ 13, 14 ergeben, zu unterrichten. Die Gerichte haben dem Bundeskartellamt auf Verlangen Abschriften von allen Schriftsätzen, Protokollen, Verfügungen und Entscheidungen zu übersenden."

- b) Der bisherige Vierte Abschnitt wird Fünfter Abschnitt, die bisherigen §§ 13 bis 18 werden §§ 22 bis 27.

Begründung

A. Allgemeine Bemerkungen

Der Entwurf enthält keine verfahrensrechtlichen Vorschriften; in der Begründung (S. 15) wird insoweit auf eine weitere, später einzubringende Vorlage der Bundesregierung verwiesen.

Der Bundesrat hält es in Übereinstimmung mit fast allen Vorschlägen zu einer Reform des Rechts der AGB für erforderlich, die materiellrechtliche Regelung durch verfahrensrechtliche Vorschriften zu ergänzen, weil die materiellrechtliche Regelung erst durch geeignete Verfahrensvorschriften die notwendige Wirkung entfalten kann (vgl. Teil IV des Ersten Teilberichts der Arbeitsgruppe beim BMJ und das dort auf S. 111/112 angeführte Schrifttum, Teil I des Zweiten Teilberichts dieser Arbeitsgruppe und das auf S. 95/96 angeführte Schrifttum; Held BB 1973, 573; Löwe BB 1973, 585 und 1974, 1033, Festschrift für Larenz (1973) S. 373 ff./393 ff.; v. Hippel BB 1973, 993; Brandner JZ 1973, 613; Wolf JZ 1974, 41 und 465; Stötter BB 1974, 434; Dietlein NJW 1974, 1065; Pinter MDR 1974, 705; Eberstein BB 1974, 1185; Kühne JR 1974, 309). Da materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Regelungen einander notwendig ergänzen, ist der Bundesrat der Auffassung, daß beide Regelungen in einem Gesetz zusammengefaßt werden sollten; die verfahrensrechtliche Regelung sollte im Interesse eines baldigen wirksamen Schutzes vor unbilligen AGB nicht aufgeschoben werden.

Es erscheint auch nicht erforderlich, die Vorschläge des Zweiten Teilberichts der Arbeitsgruppe beim BMJ zuvor noch der von der Bundesregierung für erforderlich gehaltenen eingehenden Prüfung zu unterziehen. Wie auch aus dem angeführten Schrifttum hervorgeht, sind die hierbei zu prüfenden Fragen seit längerer Zeit bekannt und auch schon untersucht worden. Eine Entscheidung ist daher schon jetzt möglich.

Die hier vorgeschlagene Regelung sieht eine Verbesserung des Schutzes im verfahrensrechtlichen Bereich dadurch vor, daß gegen die Verwendung unwirksamer AGB (§§ 7 bis 9) ein Unterlassungsanspruch gewährt wird, der nicht nur von dem betroffenen Kunden, sondern nach dem Vorbild bereits anderweitig bestehender gesetzlicher Regelungen (§ 13 Abs. 1, 1 a des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), § 35 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), § 12 Abs. 1 des Rabattgesetzes, § 2 Abs. 1 der Zugabeverordnung) auch von Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen und insbesondere von Verbraucherschutzverbänden im eigenen Namen geltend gemacht werden kann.

Damit werden alle weitergehenden Vorschläge abgelehnt, die auf eine Kontrolle der Verwendung von AGB durch Verwaltungsbehörden abzielen. Dies gilt insbesondere für den schon nach 1933 gemachten Vorschlag, die Verwendung bestimmter AGB von ihrer vorherigen behördlichen Genehmigung abhängig zu machen. Auch eine bloße Registrierung vor Verwendung, an die sich nach manchen Vorstellungen eine nachträgliche behördliche Kontrollbefugnis anschließen soll, kann nicht als ein geeignetes Verfahren zur Unterbindung der Verwendung mißbräuchlicher AGB-Bestimmungen angesehen werden. Schließlich kann auch dem Vorschlag der Arbeitsgruppe beim BMJ (Zweiter Teilbericht, Thesen 4, Buchstaben c, d und 42/43, S. 23, 40 f., 80 f.), die Klagebefugnis einer — wohl erst noch zu errichtenden — Bundesbehörde und Landesbehörden zu gewähren, nicht gefolgt werden.

Gegen die Einschaltung von Verwaltungsbehörden zur Unterbindung mißbräuchlicher AGB-Bestimmungen bestehen folgende Bedenken:

AGB sind ein privatrechtliches Rechtsinstrument; sie gehen auf den für das deutsche bürgerliche Recht fundamentalen Grundsatz der Vertragsfreiheit zurück, an dem auch dann nicht gerüttelt werden darf, wenn durch einzelne AGB-Bestimmungen diese Vertragsfreiheit mißbraucht worden ist. Neben diesem Grundsatz der bürgerlich-rechtlichen Vertragsfreiheit ist von nicht geringerer Bedeutung die marktwirtschaftliche Verfassung der Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik. Beide Grundlagen vertragen keinen Dirigismus staatlicher Behörden, der in seinen Auswirkungen zu nicht zu übersehenden Eingriffen in die freiheitliche Rechtsordnung und Wirtschaftsverfassung führen müßte. Dabei muß die Übertragung von Aufgaben zur Überwachung der Verwendung von AGB auf Verwaltungsbehörden auch dann noch abgelehnt werden, wenn sich diese Kontrollbefugnisse lediglich auf die nach dem Vorschlag des Bundesrates außer den betroffenen Kunden nur den Verbänden zustehende Klagebefugnis beschränken sollte. Denn mit der Übertragung von Kontrollbefugnissen über die Verwendung von AGB auf Verwaltungsbehörden ist grundsätzlich der Weg für eine Ausweitung dieser Befugnis bis zur vorherigen Genehmigung eröffnet; Unterschiede zwischen den einzelnen Modellen sind insoweit nur von gradueller Art.

Der Vorschlag des Bundesrates bleibt auch insoweit in der Systematik des geltenden Rechts, als er lediglich eine Unterlassungsklage vorsieht, wie sie auch in anderen Fällen bereits gewährt wird, und nicht auch ein Prüfungs-(Feststellungs-)verfahren nach Art einer abstrakten Normenkontrolle, wie dies die Arbeitsgruppe beim BMJ vorgeschlagen hat (Zweiter Teilbericht, These 1, S. 23, 33 f.); denn eine solche abstrakte Normenkontrolle führt insbesondere durch die hiermit verbundene er-

weiterte Rechtskraftwirkung stattgebender Urteile (vgl. a. a. O., These 11, S. 25, 47 f.) zu einer sachlich nicht gebotenen Durchbrechung zivilprozessualer Grundsätze (vgl. hierzu auch die nachfolgende Begründung zu § 13).

Schließlich sieht der Vorschlag des Bundesrates auch davon ab, ein Musteraufstellungsverfahren vorzusehen, für das sich die Arbeitsgruppe beim BMJ eingesetzt hat (a. a. O. Thesen 21 bis 41, S. 26 ff., 62 ff.); denn es bestehen starke Bedenken dagegen, daß dieses Verfahren überhaupt praktische Bedeutung erlangen wird. Der Bundesrat geht davon aus, daß bereits durch seinen Verfahrensvorschlag das erreichbare Höchstmaß an Wirksamkeit der materiell-rechtlichen Regelung verwirklicht werden wird.

B. Einzelbegründung

1. Zu § 13

Absatz 1 begründet den Anspruch des anderen Vertragsteils auf Unterlassung. Als „anderer Vertragsteil“ ist dabei auch ein Kunde anzusehen, der bereits in Vertragsverhandlungen eingetreten ist, ohne daß es schon zu einem Vertragsabschluß gekommen ist. Der Anspruch richtet sich gegen die Verwendung von Bestimmungen in AGB, die nach §§ 7 bis 9 unwirksam sind. Er kann gegebenenfalls im Prozeßwege verfolgt werden. Hierfür sind in den nachfolgenden Bestimmungen besondere Regelungen vorgesehen; im übrigen richtet sich das Verfahren nach der Zivilprozeßordnung.

Der Vorschlag regelt nicht den an sich denkbaren Fall, daß derselbe AGB-Verwender wegen derselben AGB-Bestimmung von verschiedenen Berechtigten, etwa auch von verschiedenen Verbänden (§ 14), vor verschiedenen Gerichten in Anspruch genommen wird. Nach den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung wird es in derartigen Fällen regelmäßig weder zu einer Verbindung der Prozesse vor einem Gericht noch zu einer Aussetzung des einen Verfahrens bis zum Abschluß des anderen kommen können. Nach § 147 ZPO können nur Prozesse verbunden werden, die bei demselben Gericht anhängig sind; diese Voraussetzung ist bei Verfahren vor verschiedenen Gerichten nicht erfüllt. Nach § 148 ZPO kann das Verfahren nur ausgesetzt werden, wenn für die Entscheidung ein vorgreifliches Rechtsverhältnis von Bedeutung ist, über das bei einem anderen Gericht ein Verfahren anhängig ist; in dem hier erörterten Fall geht es aber in dem anderen Verfahren nicht um ein vorgreifliches Rechtsverhältnis, sondern um genau dieselbe Rechtsfrage. Der Vorschlag sieht davon ab, insoweit eine besondere Regelung einzuführen, sondern überläßt die Lösung dieser auch sonst auftretenden Problematik wegen ihrer grundsätzli-

chen Bedeutung der Reform der Zivilprozeßordnung.

Absatz 2 gibt Hinweise für die Abfassung der Urteilsformel (§ 313 Abs. 1 Nr. 5 ZPO), die der Sicherstellung der Vollstreckungsmöglichkeit (§ 890 ZPO) dienen. Das Gericht hat dabei auch die Möglichkeit, die Verwendung einer bestimmten AGB-Klausel nicht schlechthin, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen oder in einem bestimmten Zusammenhang — etwa bei Verwendung in einem bestimmten Gewerbebezweig oder bei einer näher bezeichneten Art von Geschäften — zu untersagen. Auf die in der Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht entwickelte „Kerntheorie“ wird insoweit verwiesen. Das Gericht soll schließlich in dem Unterlassungsgebot dem Beklagten zugleich auch die Verwendung inhaltlich gleicher AGB zu untersagen haben. Die Entscheidung darüber, ob eine später verwendete, äußerlich von der verbotenen abweichende Bestimmung als inhaltlich gleich anzusehen ist und damit von dem Unterlassungsurteil erfaßt wird, obliegt dem Prozeßgericht in dem Verfahren nach § 890 ZPO.

Die Rechtskraftwirkung des Urteils richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften (§ 325 Abs. 1 ZPO), d. h. es wirkt für und gegen die Parteien dieses Prozesses. Hieraus folgt auch, daß z. B. der obsiegende Verbraucherschutzverband von dem Beklagten die künftige Unterlassung der Verwendung der untersagten AGB-Klausel verlangen und über § 890 ZPO erzwingen kann ohne Rücksicht darauf, gegenüber wem der Beklagte diese Klausel verwendet.

Dagegen bewirkt das Urteil keine Rechtskraft gegen am Prozeß nicht beteiligte Dritte. Es mag zwar viel für eine Regelung sprechen, die auch am Prozeß nicht beteiligt gewesenen Dritten in einem Rechtsstreit mit dem AGB-Verwender, in dem es auf die Wirksamkeit derselben Klausel ankommt, die Berufung auf das bereits vorliegende, dieselbe AGB-Klausel desselben Verwenders betreffende, aber in einem anderen Prozeß ergangene Urteil ermöglicht (so z. B. der Vorschlag der Arbeitsgruppe beim BMJ, a. a. O., These 11). Eine derartige erweiterte Urteilswirkung über vermögensrechtliche Ansprüche würde nicht nur ein Fremdkörper im geltenden Recht sein, das in diesem Bereich nichts Gleichartiges kennt, sondern auch deswegen auf erhebliche Bedenken stoßen, weil einem klageabweisenden Urteil eine solche erweiterte Urteilswirkung mit Sicherheit nicht zugesprochen werden könnte (so auch These 11 Abs. 4 der Arbeitsgruppe beim BMJ). Denn würde auch das klageabweisende Urteil an der erweiterten Rechtskraft teilnehmen, verstieße eine solche Regelung gegen das Recht auf das rechtliche Gehör (Artikel 103 Abs. 1 GG).

Andererseits erscheint aber auch eine gesetzliche Regelung nicht hinnehmbar, die Kläger und Beklagten als Obsiegende im Prozeß hinsichtlich der Urteilswirkungen ungleich behandelt. Gegen eine solche Regelung bestünden Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes (Artikel 3 Abs. 1 GG). Der Vorschlag des Bundesrates sieht daher von einer Erweiterung der Wirkung des Urteils ab und beläßt es bei den sich aus der ZPO ergebenden Urteilswirkungen. Es ist indessen anzunehmen, daß in der Praxis nicht häufig ein AGB-Verwender, der zur Unterlassung der Verwendung einer bestimmten AGB-Klausel verurteilt worden ist, diese weiterverwenden wird; jedenfalls setzt er sich dann der Gefahr eines Bestrafungsverfahrens nach § 890 ZPO aus.

Absatz 3 gibt nach dem Vorbild des § 23 Abs. 2 UWG der obsiegenden Partei (Verband oder AGB-Verwender) die Befugnis, das Urteil bekanntzumachen. Von dieser Bekanntmachung ist insbesondere in den Fällen, in denen der Verbraucherschutzverband obsiegt hat, eine weitere der Verhinderung der Verwendung unzulässiger AGB förderliche Wirkung zu erwarten.

Absatz 4: Die Bestimmung ist § 21 UWG nachgebildet, sieht jedoch hinsichtlich der Frist bei Kenntnis von der Verwendung zwei Jahre (statt sechs Monate) vor, um dem Anspruchsberechtigten ausreichende Zeit für die Klärung der oft schwierigen Rechtslage und die Vorbereitung einer Klageerhebung zu lassen. Da sich der Anspruch auf dauernde Unterlassung der Verwendung unwirksamer AGB richtet, beginnt die Verjährungsfrist nach jeder erneuten Verwendung erneut zu laufen.

2. Zu § 14

Absatz 1

Der Unterlassungsanspruch nach § 13 Abs. 1 kann von jedem geltend gemacht werden, der durch die unwirksame AGB-Bestimmung in seinen Rechten betroffen ist. Darüber hinaus sieht § 14 Abs. 1 ein Klagerecht von Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen (Buchstabe a: entsprechend etwa der Regelung des § 13 Abs. 1 UWG) sowie von Verbänden vor, die sich die Aufklärung und Beratung der Verbraucher zur Aufgabe gesetzt haben (Buchstabe b: vgl. hierzu auch § 13 Abs. 1 a UWG). Wie in den bereits früher erwähnten ähnlichen gesetzlichen Regelungen muß der Verband Rechtspersönlichkeit wenigstens insoweit besitzen, als er im Prozeß parteifähig ist. Auf die gerichtliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs durch Verbände ist § 13 Abs. 2 bis 4 ohne weiteres anzuwenden; eine ausdrückliche Verweisung in § 14 Abs. 1 erscheint

nicht erforderlich. Für die Klagebefugnis der Verbände ist weitere Voraussetzung, daß ihnen von der fachlich zuständigen obersten Landesbehörde die Erlaubnis erteilt ist, Prozesse auf Grund dieses Gesetzes zu führen. Die Erlaubnis ist vorgesehen, weil Verbraucherschutzverbände kaum über ein nennenswertes eigenes Vermögen verfügen und die ihnen hier ermöglichte Prozeßführung eine ausreichende finanzielle Ausstattung voraussetzt, die ihnen nach den Umständen nur aus öffentlichen Haushaltsmitteln zufließen kann. Es muß daher sichergestellt werden, daß Klagebefugnis und finanzielle Förderung aus öffentlichen Haushaltsmitteln bei nur wenigen Verbänden, möglicherweise je Land nur einem Verband, zusammentreffen. Nur auf diese Weise wird eine wirkungsvolle Wahrnehmung der den Verbraucherschutzverbänden übertragenen Aufgabe bei zugleich wirtschaftlichem Einsatz öffentlicher Haushaltsmittel erreichbar sein.

Aus Gründen der Gleichbehandlung wird auch bei Wirtschaftsverbänden die Klagebefugnis von der allgemeinen Erteilung der Erlaubnis abhängig gemacht. Die Erteilung der Erlaubnis obliegt der fachlich zuständigen obersten Landesbehörde, jedoch kann nach Absatz 2 die Landesregierung die Zuständigkeit auf eine andere Behörde übertragen.

Absatz 3 Halbsatz 1 legt die Voraussetzungen fest, die für die Erteilung der Erlaubnis erfüllt sein müssen (Zuverlässigkeit, genügende Sachkunde und überregionale Tätigkeit). Halbsatz 2 läßt es zu, die Erlaubnis lediglich einem Spitzenverband zu erteilen, zu dem sich die in Absatz 1 genannten Verbände zusammengeschlossen haben, etwa gerade zu dem Zweck der Ausübung der Klagebefugnis. Dieser Weg wird sich insbesondere für die Verbraucherschutzverbände empfehlen.

Absatz 4 regelt den Widerruf der Erlaubnis und seine Voraussetzungen.

Absatz 5 überläßt die Regelung der Einzelheiten des Zulassungs- und Widerrufsverfahrens einer Rechtsverordnung des Bundesministers der Justiz, die nach Artikel 80 Abs. 2 GG der Zustimmung des Bundesrates bedarf.

3. Zu § 15

Während der Verbraucherschutzverband im Fall des § 14 Abs. 1 aus eigenem Recht klagt, soll er nach § 15 auch befugt sein, im Wege der Prozeßstandschaft im eigenen Namen Rechte eines Mitgliedes, das ihn hierzu ermächtigt hat, geltend zu machen, die sich aus der Unwirksamkeit einer AGB-Bestimmung ergeben. Die Befugnis ist auf die Mitglieder des Verbandes beschränkt. Da-

mit soll einerseits dem besonderen Verhältnis, das zwischen dem Verband und seinen Mitgliedern besteht, Rechnung getragen und zugleich auch ein Anreiz zur Stärkung dieser Verbände geschaffen werden, andererseits soll durch diese Beschränkung im wesentlichen der Rahmen des Gesetzes zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiet der Rechtsberatung eingehalten werden. Einer Erlaubnis nach diesem Gesetz bedarf der Verbraucherschutzverband nicht (§ 7 dieses Gesetzes; insoweit ist dann auch keine Erlaubnis als Prozeßagent — § 157 Abs. 3 ZPO — erforderlich); unberührt hiervon bleiben die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über die Notwendigkeit der Vertretung durch einen bei dem Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalt (§§ 78 ff. ZPO).

Im Gegensatz zu § 14 Abs. 1 bedarf der den Anspruch eines Mitglieds einklagende Verbraucherschutzverband nicht der behördlichen Erlaubnis. Der Verband wird insoweit in erster Linie im Interesse seines Mitgliedes tätig. Für Kosten, die hierbei entstehen, werden in der Regel die Mitglieder selbst aufkommen müssen. Auch ist zu bedenken, daß bei einer Beschränkung der Klagebefugnis etwa auf nur einen Verband je Land, dem die Erlaubnis erteilt ist (§ 14 Abs. 3 zweiter Halbsatz), die Rechtsverfolgung für das Mitglied vielfach zu sehr erschwert sein könnte. Es wird nicht für erforderlich gehalten, diese Klagebefugnis auch den Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen zu geben (§ 14 Abs. 1 Buchstabe a). Dies ergibt sich aus der beträchtlichen Verschiedenheit nach Zusammensetzung, Aufgaben, Interessen und Ausstattung dieser Verbände einerseits und der Verbraucherschutzverbände andererseits.

4. Zu § 16

Für Klagen nach den §§ 13, 14 soll das für den Beklagten örtlich zuständige Landgericht ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sein (vgl. § 71 Abs. 2 GVG, § 87 Abs. 1 Satz 1 GWB). Im Hinblick darauf, daß das Gesetz auch in den Fällen anwendbar sein kann, in denen auf den Vertrag ausländisches Recht anzuwenden ist (§ 8 Nr. 5, § 10) und der Beklagte möglicherweise keinen inländischen Gerichtsstand hat, ist in Satz 3 der Notgerichtsstand am Wohnsitz des Klägers eröffnet (vgl. §§ 23, 23 a ZPO).

Die ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts muß wegen der vielfach überörtlichen und auch allgemeinen sachlichen Bedeutung von Streitigkeiten über die Wirksamkeit von AGB vorgesehen werden, um bereits im ersten Rechtszug eine besonders qualifizierte Richterbank zur Verfügung zu stellen — vgl. auch die Konzentrations-

mächtigung in § 20 dieses Vorschlags — und um grundsätzlich den Rechtsweg zum Bundesgerichtshof zu eröffnen.

5. Zu § 17

Nach dem Vorbild des § 25 UWG kann zur Sicherung des Unterlassungsanspruchs nach den §§ 13, 14 eine einstweilige Verfügung erlassen werden, ohne daß die in §§ 935, 940 ZPO bezeichneten Voraussetzungen erfüllt sind. Damit soll gewährleistet werden, daß das Gericht, ohne daß erst der Ausgang des möglicherweise langwierigen Verfahrens abgewartet werden muß, alsbald für die Dauer bis zur Beendigung des Prozesses eine Regelung treffen kann. Von dieser Befugnis ist ein weiterer wirksamer Schutz des Verbrauchers vor unbilligen AGB zu erwarten.

6. Zu § 18

Der Vorschlag muß zwar davon absehen, die Verbindung von Prozessen zu ermöglichen, die über die gleiche Frage bei verschiedenen Gerichten anhängig sind (vgl. Begründung zu § 13 Abs. 1), er gibt aber nach dem Vorbild des § 88 GWB dem Kläger die Möglichkeit, bei dem für die Unterlassungsklage zuständigen Gericht in Verbindung mit dieser Klage auch andere, an sich vor ein anderes Gericht gehörende Ansprüche geltend zu machen, wenn diese mit dem Unterlassungsanspruch rechtlich oder unmittelbar wirtschaftlich zusammenhängen.

7. Zu § 19

Der Vorschlag geht davon aus, daß die allgemeinen kostenrechtlichen Vorschriften des Gerichtskostengesetzes und der Rechtsanwaltsgebührenordnung über den Streitwert für Streitigkeiten nach den §§ 13, 14 deren Besonderheiten vielfach nicht Rechnung tragen würden.

Absatz 1 berücksichtigt, daß die Berechnung des wirtschaftlichen Wertes einer unwirksamen AGB-Bestimmung vielfach auf große Schwierigkeiten stoßen wird, und sieht deshalb in Anlehnung an die Regelung des § 14 Abs. 1 GKG über den Streitwert nichtvermögensrechtlicher Streitigkeiten einen Regelstreitwert von 5 000 DM vor, der bei Feststellung entsprechender besonderer Umstände bis zu einer Million DM herauf- bzw. bis auf 2 000 DM herabgesetzt werden kann.

Absatz 2 läßt entsprechend § 14 Abs. 2 GKG für den Fall der Verbindung mit einem anderen vermögensrechtlichen Anspruch (§ 18) den höheren Streitwert maßgebend sein.

Absatz 3 ermöglicht in Anlehnung an ähnliche Bestimmungen in anderen Gesetzen

(§ 23 a UWG, § 53 PatG, § 17 a GebrMG, § 31 a WZG, § 247 Abs. 2 AktG) dem Gericht, durch Herabsetzung des Streitwertes der wirtschaftlichen Lage einer Partei (in der Regel wird dies der den Unterlassungsanspruch geltend machende Kläger sein) Rechnung zu tragen. Diese Regelung will einerseits sozialen Erfordernissen genügen, andererseits aber auch gewährleisten, daß Unterlassungsansprüche gegen die Verwendung unwirksamer AGB nicht nur wegen wirtschaftlichen Unvermögens des Klägers nicht geltend gemacht werden.

Absatz 4 regelt Einzelheiten der Antragstellung.

8. Zu § 20

Die Entscheidung über die Wirksamkeit von Bestimmungen in AGB, die unter die §§ 7 bis 9 fallen, erfordert besondere Sachkunde der hiermit befaßten Richter. Es kann sich deswegen empfehlen, die Zuständigkeit nur wenigen Landgerichten zuzuweisen. Absatz 1 sieht deshalb in Anlehnung an ähnliche Vorschriften in anderen Gesetzen (z. B. § 27 Abs. 2 UWG, § 89 GWB, § 51 Abs. 2 PatG, § 32 WZG) eine entsprechende Ermächtigung für die Landesregierungen mit der Befugnis ihrer Weiterübertragung auf die Landesjustizverwaltungen vor.

Absatz 2 ermöglicht den Ländern, durch Staatsvertrag die Zuständigkeit eines gemeinsamen Gerichts zu vereinbaren.

Absatz 3 stellt sicher, daß sich die Parteien zur Erleichterung ihrer Prozeßführung vor dem Konzentrationsgericht auch durch einen Anwalt vertreten lassen können, der bei dem Gericht zugelassen ist, vor das der Rechtsstreit ohne die Konzentration gehören würde.

9. Zu § 21

Rechtsstreitigkeiten, die die Unterlassung der Verwendung unwirksamer AGB-Bestimmungen zum Gegenstand haben, werden häufig gleiche oder ähnliche Bestimmungen betreffen, die von denselben oder verschiedenen Verwendern den Verträgen zugrunde gelegt werden. Für die Gerichte, die hierüber zu entscheiden haben, wird es deswegen von Interesse sein, von derartigen Verfahren Kenntnis zu erlangen, um deren Ergebnis bei der von ihnen zu treffenden Entscheidung verwerten zu können. Dies erfordert, daß bei einer zentralen Stelle die Verfahren, die Unterlassungsansprüche nach den §§ 13, 14 betreffen, registriert werden. Die Registrierung bedingt eine entsprechende Unterrichtung der zentralen Stelle über einschlägige Verfahren durch die Gerichte. Satz 1 legt deswegen den Landgerichten eine entsprechende Mitteilungspflicht auf, deren Einzelheiten durch Verwaltungsan-

ordnung im Rahmen der Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen (MiZi) zu regeln sind. Ferner werden die Gerichte verpflichtet, der Registrierungsstelle auf Verlangen Abschriften von Schriftstücken aus den Verfahrensakten zu übersenden. Einer gesetzlichen Vorschrift, daß die zentrale Stelle den Gerichten auf Anfrage Auskunft über die bei ihr registrierten Unterlagen zu erteilen hat, bedarf es nicht, weil dies durch Verwaltungsvorschrift geregelt werden kann. Die Registrierung wird dem Bundeskartellamt übertragen, das sich für diese Aufgabe am ehesten anbietet und sie ohne nennenswerten Verwaltungsaufwand übernehmen kann (vgl. auch § 90 Abs. 1 GWB).

C. Folgeänderungen

Buchstabe b sieht die infolge der Einfügung eines neuen Vierten Abschnittes erforderliche Umnummerierung des bisherigen Vierten Abschnittes und seiner Bestimmungen vor.

12. Zu § 22 — § 13 des Regierungsentwurfs —

§ 22 ist wie folgt zu fassen:

„§ 22

Aenderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Das Bürgerliche Gesetzbuch wird wie folgt geändert:

1. Nach § 476 wird folgende Vorschrift eingefügt:

„§ 476 a

(— wie Entwurf —)“.

2. In § 633 Abs. 2 wird folgender Satz 2 eingefügt:

„§ 476 a gilt entsprechend.“

Der bisherige Satz 2 wird Satz 3.

Begründung

Ein Nachbesserungsanspruch ist derzeit nur im Werkvertragsrecht normiert. Die dort entstandene Streitfrage, wer die Kosten der Nachbesserung zu tragen hat, wurde von der Rechtsprechung dahin entschieden, daß diese dem zur Nachbesserung verpflichteten Unternehmer zur Last fallen (BGH NJW 1963, S. 805/812 und NJW 1973, S. 46/47).

Die nunmehr vorgesehene ausdrückliche gesetzliche Regelung der Kostentragungspflicht bei einer vertraglich vereinbarten Nachbesserung im Kaufrecht begründet die Gefahr, daß im Bereich des Werkvertragsrechts dieselbe Frage wegen Fehlens einer entsprechenden Vorschrift im Wege des Umkehrschlusses anders entschieden wird. Da dies nicht gewollt ist, sondern an der bisherigen Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht festgehalten werden

soll, empfiehlt es sich, eine entsprechende Verweisung in § 633 Abs. 2 BGB aufzunehmen. Andernfalls würde im dispositiven Recht des BGB eine Vorschrift fehlen, an die § 9 Nr. 10 Buchstabe c des Entwurfs gerade anknüpft.

13. **Zu § 23 Nr. 3 — § 14 Nr. 3 des Regierungsentwurfs —**

(§ 7 Abs. 2 EnWG)

§ 7 Abs. 2 EnWG ist wie folgt zu fassen:

„(2) Der Bundesminister für Wirtschaft kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen und öffentlich-rechtlichen Bedingungen der Energieversorgungsunternehmen (§ 6 Abs. 1) ausgewogen gestalten. Er kann dabei die Bestimmungen für das Benutzungsverhältnis einheitlich festsetzen und Regelungen über dessen Zustandekommen, Gegenstand und Beendigung treffen sowie die Rechte und Pflichten der Partner festlegen; hierbei sind die beiderseitigen Interessen angemessen zu berücksichtigen.“

B e g r ü n d u n g

Klarstellung, daß die allgemeinen Bedingungen unabhängig von der bürgerlich- oder öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses zwischen Energieversorgungsunternehmen und Verbraucher wegen der sachlich gebotenen Gleichbehandlung der Verbraucher gleichermaßen der Gestaltungsbefugnis des Bundesministers für Wirtschaft unterliegen.

Das Erfordernis der Zustimmung des Bundesrates beim Erlaß einer Rechtsverordnung nach dem vorgesehenen § 7 Abs. 2 EnWG ergibt sich aus Artikel 80 Abs. 2 GG. Das EnWG gilt gemäß Artikel 123, 125 i. V. mit Artikel 74 Nr. 11 GG als Bundesrecht fort und wird gemäß Artikel 83 GG als eigene Angelegenheit der

Länder ausgeführt. Ebenso wie bei den Verordnungen vom 10. Februar 1959 (BGBl. I S. 46 — Bundestarifordnung Gas) und vom 26. November 1971 (BGBl. I S. 1865 — Bundestarifordnung Elektrizität), die auf Grund von § 7 EnWG gemäß Artikel 129 Abs. 1 GG vom nunmehr zuständigen Bundesminister für Wirtschaft erlassen wurden, die Zustimmung des Bundesrates gemäß Artikel 80 Abs. 2 GG erforderlich war, gilt dies für die vorgesehene Regelung des Entwurfs, denn auch die vorgesehene Rechtsverordnung beruht auf einem Bundesgesetz, das von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt wird. — Zudem ist die Ermächtigung in einem nach den Vorschlägen des Bundesrates zustimmungsbedürftigen Gesetz enthalten.

14. **Zu § 24 — § 15 des Regierungsentwurfs —**

In § 24 Satz 1 sind

a) nach dem Wort „Rechtsverordnung“ die Worte „mit Zustimmung des Bundesrates“ und

b) nach den Worten „die allgemeinen“ das Wort „bürgerlich-rechtlichen“

einzufügen.

B e g r ü n d u n g

zu a): Da das Gesetz der Zustimmung des Bundesrates bedarf (s. oben Nummer 1), bedürfen auch die nach § 24—§ 15 des Regierungsentwurfs — zu erlassenden Rechtsverordnungen der Zustimmung des Bundesrates (Artikel 80 Abs. 2 GG).

zu b): Klarstellung des Gewollten.

Die Erstreckung der Ermächtigung auf die Regelung öffentlich-rechtlicher Versorgungsbedingungen wäre jedenfalls bezüglich der Wasserversorgung unter dem Gesichtspunkt der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Artikel 74 Nr. 11 GG bedenklich.

Anlage 3

**Gegenäußerung der Bundesregierung
zur Stellungnahme des Bundesrates****Zu 1.**

Dem Vorschlag wird widersprochen.

Da eine Verabschiedung der vom Bundesrat vorgeschlagenen verfahrensrechtlichen Vorschriften einschließlich des § 14 Abs. 5 nach Auffassung der Bundesregierung zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht erfolgen (vgl. nachstehend zu 11) und dem Vorschlag des Bundesrates zu § 7 Abs. 2 des Energiewirtschaftsgesetzes nur nach Maßgabe der unten zu 13 Buchstabe b Doppelbuchstabe aa vorgeschlagenen Ergänzung des Regierungsentwurfs entsprochen werden sollte, wird das Gesetz nach dieser Konzeption nicht gemäß Artikel 84 Abs. 1 GG der Zustimmung des Bundesrates bedürfen.

Zu 2.

Dem Vorschlag wird zugestimmt.

Zu 3.

Dem Vorschlag wird widersprochen.

Die von der Rechtsprechung entwickelte Unklarheitenregel ist nur eine der für AGB geltenden Auslegungsregeln; sie greift erst ein, wenn durch die übrigen Auslegungsregeln eine Klärung des Vertragsinhaltes nicht möglich ist. Eine isolierte gesetzliche Festschreibung der Unklarheitenregel würde die Gefahr begründen, daß dieses Rangverhältnis bei der Anwendung der Auslegungsregeln nicht beachtet wird. Rechtspolitisch ist eine Betonung der Unklarheitenregel vor allem deshalb nicht wünschenswert, weil sie die Anwendung und Fortentwicklung einer offenen Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen eher hindert als fördert (so schon Ludwig Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, S. 264 ff.). Das Fehlen der Unklarheitenregel im AGB-Gesetz läßt auch nicht den vom Bundesrat befürchteten Fehlschluß zu, daß diese Auslegungsregel für AGB künftig nicht mehr gelten soll. Träfe dies zu, so müßten noch weitere Auslegungsregeln kodifiziert werden, darunter z. B. der Grundsatz, daß Freizeichnungsklauseln in AGB eng auszulegen sind.

Zu 4.

Dem Vorschlag wird widersprochen.

Der Fall, daß beide Vertragsparteien aufeinander widersprechende AGB Bezug nehmen, hat fast ausschließlich im kaufmännischen Geschäftsverkehr Bedeutung. Für diesen Bereich sieht der Entwurf jedoch in § 12 wegen der differenzierten Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs zwischen Gewerbetreibenden schon vor einer Anwendung der in § 2 enthal-

tenden Grundregeln über die Einbeziehung von AGB in den Vertrag ab. Bei dieser auch vom Bundesrat gebilligten Konzeption erscheint es widersprüchlich, die viel speziellere Frage des beiderseitigen Verweises auf jeweils verschiedene AGB gesetzlich besonders zu regeln. Hierfür besteht auch kein Bedürfnis, weil die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 150 Abs. 2, §§ 151, 154 und 155) bei Bezugnahme beider Parteien auf ihre jeweiligen AGB durchaus eine sachgemäße und den Umständen des Einzelfalles gerecht werdende Entscheidung der Frage ermöglichen, ob und mit welchem Inhalt ein Vertrag zustande gekommen ist. So ist auch das in der Stellungnahme des Bundesrates zitierte Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH BB 1974, S. 1136) unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs begründet worden. Die Befürchtung des Bundesrates, bei Fehlen der von ihm vorgeschlagenen Spezialregelung im AGB-Gesetz könne der Umkehrschluß gezogen werden, daß die zitierte Rechtsprechung künftig nicht mehr gelten solle, ist mithin unbegründet.

Auch in der Sache ist der Vorschlag des Bundesrates, der eine gerichtliche Einzelfallentscheidung verallgemeinert, abzulehnen. Es erscheint nicht sachgerecht, die nach allgemeinen Grundsätzen mögliche konkludente Annahme des Angebots der Gegenpartei im Falle der beiderseitigen Bezugnahme der Parteien auf ihre jeweiligen AGB ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles stets und immer auszuschließen.

Auch die weitere Frage, ob in diesen Fällen bei teilweisem Dissens der Vertrag im übrigen wirksam werden soll, kann nicht generalisierend bejaht werden. § 154 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sieht sogar vor, daß im Falle eines Einigungsmangels der Vertrag im Zweifel nicht geschlossen sein soll.

Zusammenfassend ist die Bundesregierung der Auffassung, daß im AGB-Gesetz von einer besonderen Regelung der Fragen, die beim Zusammentreffen sich widersprechender AGB entstehen, abgesehen werden sollte.

Zu 5.

Dem Vorschlag wird widersprochen.

Die im ersten Abschnitt des Gesetzes enthaltenen allgemeinen Vorschriften der §§ 2 bis 4 lassen genügend Raum für eine sachgerechte Interpretation und bedürfen deshalb keiner Absicherung durch ein Umgehungsverbot. Versuchen, die in den Klauselkatalogen der §§ 8 und 9 enthaltenen Verbote zu umgehen, kann ohne Schwierigkeit mit Hilfe der

Generalklausel des § 7 entgegengetreten werden, die u. a. gerade die Funktion einer allgemeinen Auffangvorschrift erfüllen soll. Ein Umgehungsverbot hätte danach im wesentlichen nur Bedeutung im Hinblick auf die Definition der AGB (§ 1) und die Vorschriften über den Anwendungsbereich des Gesetzes (§§ 10 und 11). Insoweit wäre ein Umgehungsverbot aber geeignet, Rechtsunsicherheit über die Anwendung des Gesetzes insbesondere im Grenzbereich zwischen AGB-Klauseln und Individualabreden zu schaffen und eine sachgemäße, rechtsfortbildende Anwendung des § 1 (Definition) zu behindern. Diese Gefahr schätzt die Bundesregierung höher ein als die Gefahr der wenigen theoretisch noch verbleibenden Umgehungsmöglichkeiten, denen in vielen Fällen auch unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) der Erfolg versagt sein dürfte.

Zu 6.

Die Bundesregierung wird im Verlauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens prüfen, ob die einzelnen unzulässigen Klauseln mit Zwischenüberschriften versehen werden können.

Zu 7.a, 7.b und 7.c aa

Den Vorschlägen wird zugestimmt.

Zu 7.c, bb

Dem Vorschlag wird widersprochen.

Allerdings stellt die vom Bundesrat vorgeschlagene Fassung des bisherigen § 8 Nr. 3 b, die dem Verwender die Darlegungs- und Beweislast für die Zumutbarkeit eines Leistungsänderungsvorbehaltes begründeten Umstände auferlegt, für die Masse der Fälle eine angemessene Lösung dar. Der Vorschlag des Bundesrates paßt jedoch nicht für Änderungsvorbehalte in Geschäftsbedingungen, die durch das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen oder das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen genehmigt worden sind. In diesen Fällen ist nämlich die Zumutbarkeit des Änderungsvorbehaltes für den Kunden bereits durch die genannten Aufsichtsämter geprüft, denen für die beaufsichtigten Bereiche gesetzlich die Aufgabe übertragen ist, bei der Genehmigung der jeweiligen Geschäftsbedingungen auch auf die Wahrung der Interessen der Versicherungsnehmer (BAV) bzw. der Bausparer, Kapitalanleger und Hypothekenschuldner (BAKred) Bedacht zu nehmen. Bei Änderungsvorbehalten in Geschäftsbedingungen, die durch eines der genannten Aufsichtsämter genehmigt sind, besteht deshalb eine Vermutung dafür, daß sie unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders auch für den Kunden zumutbar sind. Würde man dem Vorschlag des Bundesrates folgen, so müßten daher jedenfalls die von den genannten Aufsichtsämtern genehmigten Geschäftsbedingungen von der vorgeschlagenen Beweislastregelung ausgenommen werden.

Zu 7. d

Dem Vorschlag wird widersprochen.

Zwar werden die vom Bundesrat vorgeschlagenen Einschränkungen für Klauseln, die einem Verhalten des Kunden die Bedeutung einer bestimmten Erklärung beilegen, grundsätzlich befürwortet. Sie stoßen jedoch dort auf Schwierigkeiten, wo der Verwender die unter Nummer 3 b Buchstabe b vorgeschlagene Verpflichtung, „den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen“, aus besonderen Gründen nicht einhalten kann. Ein solcher Fall ist z. B. bei der Abnahme von Bauleistungen gegeben, die der Auftraggeber in Benutzung nimmt, ohne daß dies dem Auftragnehmer bekannt wird. Die Verdingungsordnung für Bauleistungen sieht für diesen Fall in § 12 Nr. 5 Abs. 2 folgende Regelung vor: „Hat der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der Leistungen in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt, wenn nicht anderes vereinbart ist.“ Bei dieser für die Praxis wichtigen Regelung der VOB ist ein besonderer Hinweis des Auftragnehmers bei Beginn der Frist nicht möglich, weil nicht sicher ist, ob der Auftragnehmer von der Benutzung der Leistung durch den Auftraggeber Kenntnis erlangt. Deshalb müssen jedenfalls Verträge, für die die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Grundlage ist, von der vom Bundesrat vorgeschlagenen Regelung ausgenommen werden.

Zu 7. e

Dem Vorschlag wird widersprochen.

Wegen des üblichen Sprachgebrauchs wird auf § 14 a der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. November 1974 (Bundesgesetzbl. I S. 3193) hingewiesen. Auch im Hinblick auf die wünschenswerte Einheitlichkeit der Gesetzesformulierung kann dem Vorschlag nicht gefolgt werden; insoweit wird auf die Ausführungen zu 9 (betreffend § 10 des Entwurfs) Bezug genommen.

Zu 8. a

Die Bundesregierung wird den Vorschlag im Verlauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens prüfen.

Richtig ist, daß die Gewährleistungshaftung eines Dritten (Herstellergarantie), wie sie insbesondere beim sog. -Garantiekartensystem praktiziert wird, wirtschaftlich sinnvoll und für den Kunden vorteilhaft sein kann. Ferner kann es beispielsweise bei Verträgen über die Errichtung von Eigenheimen auch im Interesse des Erwerbers liegen, wenn er sich im Falle der Leistungsunfähigkeit (z. B. Insolvenz) des Vertragspartners wegen der Gewährleistungsansprüche noch an einen Dritten halten kann. Andererseits läßt die Stellungnahme des Bundesrates nicht erkennen, inwiefern durch das im

Regierungsentwurf vorgeschlagene Verbot der Vereinbarung einer nur subsidiären Gewährleistungshaftung des Vertragspartners das Garantiekartensystem in Frage gestellt werden sollte. Denn schon jetzt und seit langem wird dieses System weithin in der Weise praktiziert, daß dem Kunden eine Herstellergarantie — etwa durch Beipackung einer Garantiekarte — als zusätzliche Leistung neben der Gewährleistungshaftung des Verkäufers und ohne Modifizierung der letzteren gewährt wird.

Ein Nachteil der vom Bundesrat vorgeschlagenen Lösung liegt vor allem darin, daß sie offen läßt, welche außergerichtlichen Maßnahmen der Kunde gegen den (oder die) Dritten ergriffen haben muß, bevor er sich wegen seiner Gewährleistungsansprüche unmittelbar an den Vertragspartner halten kann. Diese Unsicherheit geht ebenso zu Lasten des Kunden wie die Unklarheit der vom Bundesrat nicht behandelten Frage, ob die — gesetzlich nicht geregelte — Gewährleistungshaftung des Dritten derjenigen des Vertragspartners gleichwertig sein muß.

Zu 8. b

Dem Vorschlag wird zugestimmt.

Zu 9.

Dem Vorschlag wird widersprochen.

Die vom Bundesrat vorgeschlagene redaktionelle Änderung des Eingangssatzes des § 10 Abs. 1 ist unter sachlich rechtlichen Gesichtspunkten verwirrend. Der Fall, daß ein Vertrag einem „nicht im Geltungsbereich des Gesetzes geltenden Recht unterliegt“, ist nämlich gerade dann nicht gegeben, wenn aufgrund der Vorschriften des deutschen internationalen Privatrechts ausländisches Recht im Geltungsbereich dieses Gesetzes gilt.

Widersprochen wird auch dem Vorschlag, dem § 10 einen Absatz 2 mit einer besonderen Umgehungsvorschrift anzufügen. In der vom Bundesrat vorgeschlagenen Fassung würde Absatz 2 auch solche Fälle erfassen, in denen der Vertragsabschluß nach der Natur des Geschäftes nur im Ausland stattfinden kann, also etwa Geschäfte anlässlich einer im Ausland stattfindenden Verkaufsmesse oder Geschäfte mit ausländischen Vertragspartnern, die ausschließlich an ihrer im Ausland befindlichen gewerblichen Niederlassung Verträge abschließen. Wenn der Kunde in derartigen Fällen ins Ausland reist, um dort einen Vertrag abzuschließen, so kann darin keine Umgehung von § 10 des AGB-Gesetzes gesehen werden. Auch kann in solchen Fällen keine überwiegende Beziehung des Geschäftes zum Inland angenommen werden. Eine Umgehung des AGB-Gesetzes wäre vielmehr nur dann anzunehmen, wenn an sich ein Vertragsabschluß im Inland nahe liegt und die Reise eigens zu dem Zweck durchgeführt wird, den Ort des Vertragsabschlusses ins Ausland zu verlegen. Für diese Art von Fällen aber bedarf es keiner besonderen Umgehungsvorschrift, weil es hier in der Regel ohnehin nicht zur Geltung ausländischen Rechts kommen wird.

Eine Parteivereinbarung über die Geltung ausländischen Rechts wäre in den genannten Umgehungsfällen nämlich regelmäßig bereits nach § 8 Nr. 5 des Entwurfs unwirksam. Aber auch die objektiven Anknüpfungsregeln des internationalen Privatrechts würden wegen der überwiegenden Inlandsbeziehung solcher Geschäfte in den meisten Fällen nicht zur Anwendung ausländischen Rechts führen. Soweit danach überhaupt noch Fälle denkbar sind, in denen es trotz des Umgehungstatbestandes zur Anwendung ausländischen Rechts kommen könnte, rechtfertigen diese nicht die vom Bundesrat vorgeschlagene Ergänzung des § 10.

Für die vom Bundesrat zu § 10 Nr. 2 vorgeschlagene redaktionelle Änderung besteht kein Bedürfnis.

Zu 10.

Dem Vorschlag wird widersprochen.

Entgegen der Rechtsauffassung des Bundesrates enthält weder § 5 noch eine sonstige Vorschrift des Versicherungsvertragsgesetzes ein Verbot der Schriftformklausel. Vielmehr ist, wie sich gerade aus § 5 VVG ergibt, der Versicherungsvertrag aus Gründen der Rechtssicherheit und der im Interesse der Gemeinschaft der Versicherten gebotenen gleichmäßigen Gestaltung aller Einzelverträge in besonderem Maße auf die Schriftform hin angelegt. Jede individuelle Abweichung von den genehmigten Versicherungsbedingungen würde in den beaufsichtigten Versicherungszweigen im übrigen einen Verstoß gegen den genehmigungsbedürftigen Geschäftsplan von Versicherungsunternehmen darstellen (vgl. § 5 Abs. 3 Nr. 2, § 13 VAG).

Zu 11.

Auch die Bundesregierung ist der Auffassung, daß eine Reform des Rechts der AGB sich nicht auf eine materiell-rechtliche Regelung beschränken darf, sondern durch besondere Verfahrensvorschriften ergänzt werden muß. Sie hat dies wiederholt zum Ausdruck gebracht und angekündigt, daß sie in einem weiteren Gesetzentwurf Vorschläge zur Einführung eines Kontrollverfahrens unterbreiten werde. Die Verabschiedung einer verfahrensrechtlichen Regelung zum gegenwärtigen Zeitpunkt hält sie jedoch nicht für sachdienlich.

Die Überlegungen zur Ausgestaltung eines gerichtlichen Kontrollverfahrens sind noch nicht so weit ausgereift, daß sie in einem Gesetzentwurf niedergelegt werden könnten. Die rechtspolitische Diskussion hat sich bisher mit einer Reihe unterschiedlicher Verfahrensmodelle befaßt. Während die Befürworter einer behördlichen Präventivkontrolle mit detaillierten Vorschlägen an die Öffentlichkeit getreten sind (ASJ Südbayern, ZRP 1972, 148; Angestelltenkammer Bremen, Der Skandal des Kleingedruckten, 1973), haben sich die Vorschläge einer gerichtlichen Kontrolle von AGB im wesentlichen auf den Hinweis beschränkt, daß den Verbraucherverbänden entsprechend der Regelung des § 13 UWG eine Klagebefugnis eingeräumt werden

sollte, um AGB nicht nur inzidenter, sondern losgelöst vom konkreten Rechtsstreit generell prüfen zu können (z. B. Brandner, JZ 1973, 617; Pinger, MDR 1974, 709). Zwar sind hierbei weitere Probleme, wie die Begründung einer Rechtskrafterstreckung, der Aufbau des Instanzenzuges und Kostenfragen, angesprochen worden; doch hat es insoweit im Schrifttum bisher an einer detaillierten Grundsatzdiskussion gefehlt. Einzelne Punkte, die im vorliegenden Vorschlag herausgestellt werden, wie die Anspruchsberechtigung des einzelnen Kunden, die behördliche Klageerlaubnis für Verbände, die Prozeßstandschaft der Verbände und eine besondere Klagenverbindung, sind bisher überhaupt noch nicht diskutiert worden.

Die vom Bundesminister der Justiz eingesetzte AGB-Arbeitsgruppe hat am 18. März 1975 ihren Zweiten Teilbericht mit verfahrensrechtlichen Vorschlägen vorgelegt, und zwar in Form von Thesen, deren Umsetzung in Gesetzesvorschriften verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zuläßt. Die Vorschläge, die auf die zuvor genannten Punkte ebenfalls nicht eingehen, im übrigen aber insgesamt weitergehende Regelungen vorsehen, bedürfen eingehender Prüfung, um ausgereifte und sachlich brauchbare Verfahrensvorschriften zu schaffen. Dabei ist unerlässlich, daß die Landesjustizverwaltungen mit der hinter ihnen stehenden Praxis und andere betroffene Stellen Gelegenheit erhalten, sich detailliert zu den recht schwierigen Einzelfragen zu äußern. Eine übereilte Behandlung eines verfahrensrechtlichen Teils würde die Gefahr in sich bergen, daß ein unzulängliches Kontrollverfahren eingeführt wird.

Gegen das vorgeschlagene Verfahrensmodell bestehen schon vom Grundsatz her Bedenken: Jeder einzelne Kunde soll, sofern er einen Vertrag mit dem AGB-Verwender abgeschlossen hat, den Unterlassungsanspruch nach dem vom Bundesrat vorgeschlagenen § 13 Abs. 1 geltend machen können. Es fragt sich, ob es einen Sinn hat, den Kreis der Anspruchsberechtigten auf die Person des einzelnen Verbrauchers, der im Regelfall nur einmal von den beanstandenswerten AGB betroffen wird, auszudehnen. Sein Interesse beschränkt sich auf seinen Einzelvertrag. Es kann nicht erwartet werden, daß er den Unterlassungsanspruch allein zugunsten dritter, gleichfalls betroffener Kunden geltend macht. Andererseits ist auch zweifelhaft, ob die in den Konsequenzen doch sehr weitgehende Klage gegen AGB ohne jegliche Repräsentation erhoben werden sollte. Auch im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, an dem sich das vorliegende Modell im wesentlichen ausrichtet, wurde zwar durch die Einführung der Klagebefugnis der Verbraucherverbände nach § 13 Abs. 1 a (ÄnderungsG vom 21. Juli 1965; Bundesgesetzbl. I S. 625) der Kollektivschutz verstärkt. Doch hat man dort davon abgesehen, dem einzelnen Verbraucher gleichfalls ein Klagerecht zuzusprechen.

Ob eine Erleichterung der einstweiligen Verfügung (§ 17) geboten ist, bedarf ebenfalls einer Prüfung. Angestrebt wird damit wohl ein schnelles Verfahren mit nur cursorischer Prüfung; das ist jedoch nicht unbedenklich. Der Schwerpunkt der gerichtli-

chen Tätigkeit dürfte in der Beurteilung rechtlicher Fragen liegen. Diese Rechtsprüfung ist nicht anders als im normalen Zivilprozeß auch im einstweiligen Verfügungsverfahren durchzuführen. Andererseits würde man von einer nur cursorischen Prüfung die in der Begründung erhoffte faktische Rechtskraftwirkung — die im Schrifttum (z. B. M. Wolf, JZ 1974, 45) und von der AGB-Arbeitsgruppe vorgeschlagene Rechtskrafterstreckung (These 11, Zweiter Teilbericht, S. 47 ff.) wird abgelehnt — nicht erwarten können. Daß die Dringlichkeit nicht oberstes Gebot ist, zeigt auch die gegenüber § 21 UWG wesentlich verlängerte Verjährungsfrist in § 13 Abs. 4 des Bundesratsvorschlages.

Auch die bisher noch nicht diskutierte Einführung einer Prozeßstandschaft (§ 15) und einer Klagenverbindung (§ 18) bedarf näherer Prüfung. Die Prozeßstandschaft der Verbände würde sich auf den gesamten Bereich des schuldrechtlichen Vertragsrechts erstrecken. Es ist mangels jeglicher Untersuchung nicht zu übersehen, wie sich die Einführung einer solch weitreichenden Regelung tatsächlich auswirken würde. Fraglich ist auch, ob eine von § 147 ZPO abweichende Regelung der Klagenverbindung geboten ist. Das besonders qualifizierte AGB-Gericht (§§ 16, 20) würde sich danach mit zahlreichen Rechtsstreitigkeiten zu befassen haben und damit die ihm übertragene Aufgabe der generellen Prüfung von AGB entsprechend weniger wahrnehmen können. Die Verhältnisse, die eine besondere Vorschrift im Kartellrecht (§ 88 GWB) rechtfertigen, lassen sich nicht ohne weiteres auf das hier zu regelnde Gebiet übertragen.

Zu 12.

Dem Vorschlag wird zugestimmt.

Zu 13. und 14.

a) Zustimmungsbefähigung

- aa) Soweit der Bundesrat zu § 14 des Entwurfs vorschlägt, in § 7 Abs. 2 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) nach dem Wort „Rechtsverordnung“ die Worte „mit Zustimmung des Bundesrates“ einzufügen, wird diesem Vorschlag zugestimmt.
- bb) Nach Auffassung der Bundesregierung sollten, obwohl dies verfassungsrechtlich nicht geboten ist, dann allerdings auch in § 15 nach dem Wort „Rechtsverordnung“ die Worte „mit Zustimmung des Bundesrates“ eingefügt werden. Damit soll der besonderen Verantwortung, die den Ländern auf dem Gebiet der leitungsgebundenen Versorgungsleistungen obliegt, Rechnung getragen werden.

b) Umfang der Ermächtigung

- aa) Dem Vorschlag des Bundesrates zu § 14 des Entwurfs, in § 7 Abs. 2 EnWG ausdrücklich klarzustellen, daß sich die Ermächtigung gleichermaßen auf die Regelung der bürger-

lich- und öffentlich-rechtlich ausgestalteten Versorgungsverhältnisse erstreckt, wird in der Sache zugestimmt. Die vom Bundesrat hierzu vorgeschlagene Formulierung bringt jedoch nicht zum Ausdruck, daß es sich bei der Regelung der öffentlich-rechtlich gestalteten Benutzungsverhältnisse durch den Bundesminister für Wirtschaft nur um eine Regelung der materiell-rechtlichen Fragen des Benutzungsverhältnisses handeln kann. Um auch diesen Punkt klarzustellen, hält es die Bundesregierung für notwendig, dem § 7 Abs. 2 EnWG in der vorgeschlagenen Fassung des Regierungsentwurfs folgenden Satz 3 anzufügen:

„Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für Bedingungen öffentlich-rechtlich gestalteter Versorgungsverhältnisse mit Ausnahme der Regelung des Verfahrens.“

- bb) Die vom Bundesrat unter Nummer 13 vorgeschlagene Klarstellung zu § 14 Nr. 3 (§ 7 Abs. 2 Energiewirtschaftsgesetz) legt es allerdings nahe, auch in § 15 die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser und Fernwärme unabhängig von der bürgerlich- oder öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses zwischen dem Versorgungsträger und dem Verbraucher im Interesse der sachlich gebotenen Gleichbehandlung aller Abnehmer gleichermaßen der Gestaltungsbefugnis des Bundesministers für Wirtschaft zu unterwerfen, anstatt diese Befugnis — wie vom Bundesrat unter Nummer 14 empfohlen — ausdrücklich auf „bürgerlich-rechtliche“ Bedingungen zu beschränken. Eine solche Gleichbehandlung erscheint nach der vom Bundesrat vorgeschlagenen Ergänzung in § 7 Abs. 2 EnWG als die allein folgerichtige und sachlich vertretbare Lösung. In der rechtspolitischen Diskussion, vor allem auch auf dem 50. Deutschen Juristentag im Jahre 1974, ist mit Nachdruck gefordert worden, öffentlich-rechtlich gestaltete Benutzungs- oder Anschlußbedingungen den Anforderungen anzupassen, die im Bereich der AGB an den privaten Wirtschaftsverkehr gestellt werden. Im Bereich der leitungsgebundenen Versorgungsleistungen (Elektrizität, Gas, Wasser, Fernwärme), die teils unter Zugrundelegung zivilrechtlicher Lieferbedingungen, teils im Rahmen öffentlich-rechtlich gestalteter Benutzungsverhältnisse erbracht werden, liegt eine solche Anpassung besonders nahe. Deshalb sollte die vom Bundesrat durch eine Ergänzung des § 7 Abs. 2 EnWG angestrebte Gleichbehandlung der Abneh-

mer von Elektrizität und Gas auch für die Versorgungsbereiche Wasser und Fernwärme dadurch sichergestellt werden, daß der Bundesminister für Wirtschaft in § 15 ermächtigt wird, ohne Rücksicht auf die bürgerlich- oder öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Benutzungsverhältnisse einheitliche materiell-rechtliche Maßstäbe für die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Wasser- und Fernwärmeunternehmen einerseits und der Abnehmer andererseits einzuführen.

Entsprechend der oben vorgeschlagenen Fassung eines dem § 7 Abs. 2 EnWG anzufügenden Satzes 3 ließe sich zu diesem Zweck dem § 15 in der Fassung des Regierungsentwurfs folgender Satz 3 anfügen:

„Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für Bedingungen öffentlich-rechtlich gestalteter Versorgungsverhältnisse mit Ausnahme der Regelung des Verfahrens.“

Eine solche Erstreckung der Ermächtigung des Bundesministers für Wirtschaft auf die Gestaltung der Allgemeinen Bedingungen öffentlich-rechtlicher Versorgungsverhältnisse im Bereich Wasser und Fernwärme würde sich im Rahmen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes halten.

Die Kompetenz des Bundes zur Einbeziehung der öffentlich-rechtlich gestalteten Versorgungsverhältnisse folgt aus Artikel 74 Nr. 11 GG. Der dort verwandte Begriff „Recht der Wirtschaft“ ist anerkanntermaßen in einem weiteren Sinn zu verstehen. Er umfaßt nicht nur die Vorschriften, die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verteilung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen, sondern auch alle anderen das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen [BVerfGE 29, 402 (409)]. Zu diesem weiten Feld der von Artikel 74 Nr. 11 GG erfaßten Sachverhalte zählen auch die Versorgungsleistungen, die aufgrund eines öffentlich-rechtlich gestalteten Versorgungsverhältnisses vorgenommen werden. Dabei ist anerkannt, daß sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht auf die Regelung der Rechtsbeziehungen der in Artikel 74 Nr. 11 GG einzeln aufgezählten Wirtschaftszweige beschränkt [BVerfGE 4, 7 (13)]. Vielmehr gehören zum Recht der Wirtschaft z. B. auch Vorschriften, die — wie hier — eine wirtschaftliche Betätigung unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes regeln [BVerfGE 26, 216 (254)].