

ZGB weiter die Forderung, daß Allgemeine Bedingungen durch zentrale Staatsorgane als Rechtsvorschriften zu erlassen sind. War schon in der Vergangenheit die Wirksamkeit des § 46 ZGB äußerst skeptisch zu beurteilen, weil Anspruch und Wirklichkeit erheblich divergierten⁸, so ist die Lage im Jahr 1990 dadurch gekennzeichnet gewesen, daß Musterverträge, Vertragsmuster, Vertragsformulare, Bedingungen usw. in einer Qualität und in einem Umfang Verwendung finden, als gäbe es keine zivilrechtlichen Grundsätze. Die nun auch verstärkt im Gebiet der ehemaligen DDR gemachten Erfahrungen mit den positiven und den negativen Folgen der Verwendung von AGB stellen eine Variation der Erkenntnisse dar, die Ende der 60er Jahre in der BRD im Rahmen der aufkommenden Verbraucherschutzdiskussion die Entstehung des AGB-Gesetzes determinierten.

AGB-Gesetz und Verbraucherschutz

Eine große Zahl der BRD-Rechtswissenschaftler erkannte und diskutierte damals die den AGB innewohnende und die Wirtschafts- und Rechtsordnung der BRD gefährdende Tendenz. Dies fand seinen Niederschlag in einer Vielzahl von wissenschaftlichen Beiträgen und Initiativen in dem langen Prozeß der Vorbereitung und Ausarbeitung des AGB-Gesetzes. Dem Wildwuchs einer „privat gezimmerten Rechtsordnung“ wurde entgegengehalten: „Vielmehr darf der Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht mit Füßen getreten werden. Das ist dennoch jahrzehntelang geschehen, indem unter der Fahne der Vertragsfreiheit höchst unbillige AGB diktiert wurden...“⁹

Das AGB-Gesetz entstand unter der Maßgabe, den Mißbrauch der Vertragsgestaltungsfreiheit durch AGB einzuschränken.^{10 11}

Obwohl in der bewußt ungenau geführten Diskussion zum Verbraucherschutz¹¹ die Funktion des AGB-Gesetzes gerade mit Blick auf diesen betont wurde, so ist doch zu konstatieren, daß dieses Gesetz nicht in erster Linie ein Verbraucherschutzgesetz ist. An der Tatsache, daß das Gesetz nicht nach der wirtschaftlichen Macht des AGB-Verwenders im Verhältnis zu seinen Kunden unterscheidet, ist erkennbar, daß es von der Zielsetzung nicht primär um einen Verbraucherschutz geht¹², denn das AGB-Gesetz gilt grundsätzlich auch für die Beziehungen von Kaufleuten untereinander. Die Zielsetzung des AGB-Gesetzes besteht darin, alle Vertragspartner vor einer mißbräuchlichen Verwendung von AGB zu schützen. In diese Funktion sind bestimmte Aspekte des Verbraucherschutzes dann integriert, wenn einer der Vertragspartner ein nichtkaufmännischer Kunde, also der Normalverbraucher ist. Die Wiederherstellung von Vertragsgerechtigkeit und die mit dem AGB-Gesetz angestrebte Verhinderung einseitiger Inanspruchnahme und Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit hat vor allem markt- und wettbewerbspolitische Wirkungen, ist aber eben auch für den Verbraucher von größtem Interesse.

Methodik zur Prüfung von AGB

Das AGB-Gesetz gliedert sich, seinen Grundgedanken und Funktionen folgend, in 5 Abschnitte, die allerdings von unterschiedlichem Gewicht sind und auch im einzelnen differenziert betrachtet werden müssen. Kernstücke der Regelung sind: 1. die besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen für AGB in den Vertrag gem. § 2 und 3; 2. die materiell-rechtlichen Inhaltskontrollvorschriften der §§ 9-11 und 3. die abstrakte Kontrollklage gem. §§ 13 ff.

§ 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz beinhaltet die *Legaldefinition* der AGB. Danach sind AGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen bei Vertragsabschluß stellt. Bei der Prüfung, ob es sich um Klauseln nach dem AGB-Gesetz handelt, ist jedoch zunächst eine Frage vorgeschaltet: zu berücksichtigen ist § 23 AGB-Gesetz (*sachlicher Anwendungsbereich*), mit dem die Gesetzesanwendung erheblich eingeschränkt wird. Durch diese Regelung des § 23 Abs. 1 sind die großen Bereiche der Arbeitsverträge, der gesellschaftsrechtlichen Verträge, der Verträge des Erb- und Familienrechts und durch § 23 Abs. 2 z.T. die Mehrzahl der Bauverträge, Versicherungsverträge, Personenbeförderungsverträge der Kontrolle durch das AGB-Gesetz entzogen. Das bedeutet, daß bei einer rechtlichen Prüfung zunächst die Frage zu beantworten ist, ob

es sich um Verträge handelt, die nicht unter die Regelung des § 23 AGB-Gesetz fallen. Nur wenn diese Frage bejaht werden kann, ist überhaupt zu prüfen, ob die vorformulierten Vertragsbedingungen die Kriterien der Legaldefinition erfüllen.

Handelt es sich hingegen um eine *Individualabrede* i.S.v. § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz, kann eine Inhaltskontrolle nur nach allgemeinen Bestimmungen gem. §§ 138, 242, 315 BGB erfolgen. Wenn die Kriterien der Legaldefinition gem. § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz erfüllt sind, ist ferner die Frage zu beantworten, ob eine *Überraschklausel* i.S.v. § 3 AGB-Gesetz vorliegt¹³ oder ob die Klauseln durch individuelle Vertragsabreden gem. § 4 AGB-Gesetz gegenstandslos geworden sind.

Kann festgestellt werden, daß weder eine Überraschklausel noch eine die AGB verdrängende individuelle Vertragsabrede vorliegt, ist gem. § 2 AGB-Gesetz zu prüfen, ob die AGB überhaupt *Bestandteil des Vertrages* geworden sind. Die Kriterien sind folgende: Gem. § 2 Abs. 1 Ziff. 1, 1. Alternative hat der AGB-Verwender die andere Vertragspartei ausdrücklich auf seine AGB hinzuweisen. Die 2. Alternative des § 2 Abs. 1 Ziff. 1 beinhaltet die Ausnahmeregelung für jene Fälle, in denen der ausdrückliche Hinweis aufgrund der Art des Vertragsabschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich wäre und deswegen durch einen deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsabschlusses ersetzt werden kann. Gem. § 2 Abs. 1 Ziff. 2 muß der AGB-Verwender der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis erlangen zu können. Die andere Vertragspartei muß in jedem Fall mit der Geltung der AGB einverstanden sein. Bei der Prüfung gem. § 2 AGB-Gesetz muß, wie bei späteren Subsumtionshandlungen auch, grundsätzlich Beachtung finden, daß das Gesetz zwischen Nichtkaufleuten und Kaufleuten unterscheidet. Für Nichtkaufleute gelten die Kriterien des § 2 Abs. 1 AGB-Gesetz, von denen allerdings § 23 Abs. 2 und 3 AGB-Gesetz wiederum gravierende Ausnahmen macht.¹⁴

Auch wenn man von den zuletzt genannten Ausnahmeregelungen absieht, so ist festzustellen, daß sich der praktische Nutzen des § 2 Abs. 1 AGB-Gesetz für den Bürger, im Gesamtzusammenhang betrachtet, in Grenzen hält: „Sieht sich der Werk tätige als Kunde AGB gegenüber, so wird er sie entweder akzeptieren müssen oder versuchen, darüber zu verhandeln - im allgemeinen ohne Aussicht auf Erfolg und, wenn doch, dann mit der Gefahr, daß das Ganze nun als Individualvereinbarung gem. § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz gilt ... An der Tatsache, daß die AGB von dem ökonomisch stärkeren Verwender als Diktat oder Druckmittel gehandhabt werden, ändert also die Regelung des § 2 AGB-Gesetz gar nichts ...“¹⁵

8 Vgl. H. Richter, „Bemerkungen zur Wirksamkeit von § 46 des Zivilgesetzbuches“, in: Erfahrungen bei der Anwendung des Zivilgesetzbuches in der Praxis, Abhandlungen der AdW der DDR, Berlin 1985, S. 17 ff. Vgl. auch zum Problemgehalt der Allgemeinen Bedingungen z.B. § 6 Abs. 2 der AO über die Allgemeinen Leistungsbedingungen für Wäscherei-, Chemisch-Reinigungs- und Färbereileistungen für die Bürger. Dort ist bestimmt, daß Inhalt des Dienstleistungsvertrages bei Wäsche das Ergebnis der ersten betrieblichen Zählung ist. Daß damit eine Risikoverlagerung zuungunsten des Bürgers erfolgte, ist offensichtlich, denn Bestandteil des Vertrages wird nicht schlechthin die von ihm abgegebene Wäsche, sondern die Stückzahl, die bei betrieblicher Zählung festgestellt wird.

9 Hensen, a.a.O., S. 134.

10 „Die im BGB Vorausgesetzte Funktion der Vertragsfreiheit... 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 Wertentscheidung für die rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung des Individuums als Teil der freien Persönlichkeitsentfaltung einerseits und der sozialen Staatszielbestimmung unserer Verfassungsordnung andererseits verlangen, den weit verbreiteten Mißbräuchen der Gestaltungsfreiheit im Privatrechtsverkehr entgegenzutreten (BT-Drucks. 7/3919, Teil A, S. 9). Vgl. weiter: Palandt, a.a.O., S. 2354; Tonner, a.a.O., S. 120; Hensen, a.a.O., S. 134.“

11 Auf den gewollt ungenauen Ansatz der Verbraucherschutz-Diskussion weisen A Marko/W. Vock wie folgt hin: „Unter Verbraucher (Konsument) wird beispielsweise sowohl der Besteller eines Lexikons und der Nehmer eines Teilzahlungskredits... als auch das Zulieferungen bestellende Großunternehmen verstanden... („Allgemeine Geschäftsbedingungen in der BRD - ein Mittel zur Sicherung des Monopolprofits“, NJ 1982, Heft 8, S.356).“

12 Vgl. Hensen, a.a.O., S. 134; Tonner, a.a.O., 121 f.

13 Vgl. Palandt, a.a.O., Ziff. 2 zu § 3 AGB-Gesetz (zu Theorie und Rechtsprechung hinsichtlich der Überraschklauseln), S. 2361 ff.

14 § 23 Abs. 2 Ziff. 1 bestimmt die vereinfachte Einbeziehung von Eisenbahntarifen und Beförderungsbedingungen sowie § 23 Abs. 3 die der AGB von Bausparkassen, Versicherungsunternehmen und Kapitalanlagegesellschaften.

15 Marko/Vock, a.a.O., S. 358.