

Besonders deutlich wird dieses Problem anhand der AGB der Banken und Sparkassen.¹⁶ Letztlich wird angesichts ökonomisch ungleicher Vertragsparteien ein Zustand scheinbarer vertraglicher Gleichberechtigung vorgespiegelt.

Auf AGB, die gegenüber Kaufleuten oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts verwendet werden, findet gern. § 24 AGB-Gesetz (*persönlicher Anwendungsbereich*) der § 2 keine Anwendung. Wir haben es hier neben den bereits erwähnten Einschränkungen im sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes mit zusätzlichen Einschränkungen zu tun.

Wurde festgestellt, daß es sich um AGB handelt, die wirksam Vertragsbestandteil geworden sind, ist bei Unklarheiten zu prüfen, ob Raum für eine *Auslegung der Klausel* gern. § 5 AGB-Gesetz¹⁷ gegeben ist. Es gilt der Grundsatz, daß die Auslegung generell Vorrang vor der Inhaltskontrolle hat.¹⁸ Schließlich ist § 8 AGB-Gesetz zu beachten: von der *Inhaltskontrolle* sind generell Leistungsbeschreibungen und Preisvereinbarungen ausgenommen. Dies wird durch herrschende Rechtsprechung und Kommentierung damit begründet, daß das AGB-Gesetz eine richterliche Kontrolle von Leistungsangeboten und Preisvereinbarungen aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht ermöglichen kann.¹⁹

Kann verneint werden, daß es sich bei den zu prüfenden Klauseln um solche handelt, die den Schranken der Inhaltskontrolle gern. § 8 AGB-Gesetz unterliegen, ist die Inhaltskontrolle möglich. Zweckmäßigerweise sollte bei der Prüfung mit dem Katalog gern. § 11 AGB-Gesetz begonnen werden, da dieser *Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit* enthält. Liegt eine Klausel vor, die die Tatbestandsmerkmale des § 11 erfüllt, so ist sie unwirksam.²⁰ Allerdings ist zu beachten, daß § 11 AGB-Gesetz nur unmittelbar für Verträge mit Nichtkaufleuten gilt. Für Verträge unter Kaufleuten findet § 11 AGB-Gesetz gern. § 24 Abs. 2 AGB-Gesetz nur dann Anwendung, falls die Wirksamkeit der Klausel zu einer unangemessenen Benachteiligung der Vertragspartei i.S.v. § 9 AGB-Gesetz führen würde. Selbst wenn eine Klausel unter die Bestimmungen von § 11 AGB-Gesetz fallen würde, ist zu prüfen, ob sie unter die Beschränkungen der Inhaltskontrolle gern. § 23 AGB-Gesetz fällt.²¹

Muß verneint werden, daß ein Klauselverbot nach § 11 AGB-Gesetz vorliegt, ist weiter zu prüfen, ob sich aus dem Katalog des § 10 AGB-Gesetz (*Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit*) ein Verbot ergeben kann. Im Unterschied zu § 11 des Gesetzes verwendet § 10 unbestimmte Rechtsbegriffe, so daß die Feststellung der Unwirksamkeit generell die Wertung durch das Gericht erfordert. Auch hier ist die Unterscheidung zwischen Verträgen mit Nichtkaufleuten und Verträgen unter Kaufleuten zu beachten.²² Wie bei § 11 AGB-Gesetz ist grundsätzlich die gesamte Klausel unwirksam, wenn der Inhalt eines Teils der AGB-Klausel gegen ein Verbot verstößt.²³ Der Auffangtatbestand des § 9 AGB-Gesetz ist generell erst nach den §§ 11 und 10 zu prüfen, obwohl er auch bezüglich des § 10 als Wertungsmaßstab gilt. Dabei stellt § 9 Abs. 2 eine Konkretisierung der *Generalklausel* von § 9 Abs. 1 dar, wonach Bestimmungen in AGB dann unwirksam sind, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (vgl. § 242 BGB). Demzufolge ist bei Nichtvorliegen von Klauselverboten gern. §§ 11 und 10 zunächst § 9 Abs. 2 zu beachten und die Frage zu beantworten, ob entweder eine Abweichung von Grundideen des dispositiven Rechts oder eine Verletzung grundlegender vertraglicher Rechte vorliegt. Erst wenn auch dies verneint werden muß, hat eine Prüfung gern. § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz zu erfolgen. Liegt kein Verstoß gegen die §§ 11, 10 oder 9 AGB-Gesetz vor, so ist die Klausel wirksam.

Wurde hingegen ein Verstoß festgestellt, der die Unwirksamkeit der Klausel begründet oder wurde die Klausel nicht oder nur teilweise Bestandteil des Vertrages, so ergeben sich die Rechtsfolgen aus § 6 AGB-Gesetz, d.h. der Vertrag bleibt i.d.R. wirksam. Insofern stellt das AGB-Gesetz eine abweichende *lex-specialis*-Regelung zu § 139 BGB dar.

Die vorstehenden Ausführungen zu Inhalt und Aufbau des AGB-Gesetzes unter zunächst materiell-rechtlichen Gesichtspunkten machen deutlich, daß die Prüfung der Wirksamkeit von AGB nach einem bestimmten Algorithmus erfolgen sollte, der sich aus dem Aufbau des Gesetzes ergibt.

Verfahrensrechtliche Aspekte des AGB-Gesetzes

In der Verbraucherschutzdiskussion spielten die verfahrensrechtlichen Aspekte sowohl in Vorbereitung als auch bei der Anwendung des AGB-Gesetzes eine große Rolle.²⁴ Das Ergebnis der rechtlichen Regelungen erscheint jedoch - gemessen am erhobenen Anspruch - nur halbherzig: § 13 AGB-Gesetz ermöglicht bestimmten Verbänden (insb. Verbraucherschutzverbänden) sowie den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern die Klage. Die Klauselverbote greifen also nicht *eo ipso* durch. Ein Klagerecht für einzelne Bürger ist ausgeschlossen.²⁵ Insofern zeigen auch die verfahrensrechtlichen Regelungen, daß das Hauptziel des AGB-Gesetzes nicht im individuellen Verbraucherschutz besteht, sondern in der Verhinderung eines Mißbrauchs der Vertragsgestaltungsfreiheit, um der Gefahr der Untergrabung marktwirtschaftlicher Prinzipien und Regulierungsmechanismen zu begegnen. Dabei ist regelungstechnisch auffällig, daß materielles Recht und Prozeßrecht, Privatrecht und öffentliches Recht miteinander vermischt in einer Kodifikation geregelt wurden.

Die Praxis zeigt, daß die klagebefugten Verbände kaum Anstrengungen unternehmen, alle AGB systematisch zu kontrollieren und von ihrem Klagerecht - gemessen an den Notwendigkeiten - nur in geringem Umfange Gebrauch machen. Hinzu kommt das ökonomische Risiko für die Verbraucherschutzverbände, das sich aus der Kostenfolge verlorener Prozesse ergibt.²⁶

Umfang und Grenzen der Schutzwirkung der Klauselverbote

Struktur und praktische Handhabung des AGB-Gesetzes rechtfertigen u.E. die Einschätzung, daß die wesentliche Bedeutung der Kodifikation in den Regelungen der §§ 9 bis 11 liegt. Abgesehen von der Generalklausel des § 9 AGB-Gesetz beschränkt der Gesetzgeber mit den Katalogen der §§ 10 und 11 AGB-Gesetz den Weg einer enumerativen Aufzählung von Klauseln, denen die Rechtswirksamkeit nach wertenden Gesichtspunkten bzw. ohne Wertung versagt wird. Offensichtlich ist, daß dabei die Erfahrungen bei der Verwendung von AGB und die entsprechende Rechtsprechung des BGH vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes den Ausgangspunkt bildeten. Dabei ist auch das AGB-Gesetz letztlich an die Grenzen und Möglichkeiten der vom BGB geprägten Zivilrechtsordnung gebunden. Seine eigenen Grenzen und Notwendigkeiten ergeben sich aus ihr. Besonders wird dies im Zusammenhang mit den Katalogen der §§ 10 und 11 AGB-Gesetz ersichtlich.

Eine der wichtigsten Bestimmungen des AGB-Gesetzes ist zweifelsohne § 11 Ziff. 10, dessen Notwendigkeit und Berechtigung aus der unzureichenden Regelung von zwingenden Gewährleistungsansprüchen im BGB erwächst. Mit § 11 Ziff. 10 AGB-Gesetz werden der Abdingbarkeit der §§ 459 ff. und 634 ff. BGB Grenzen gesetzt. § 11 Ziff. 10 Buchst. a) bestimmt, daß der völlige Ausschluß von Gewährleistungsansprüchen mittels AGB unzulässig ist. Damit und mit § 11 Ziff. 10 Buchst. b) bis f) ABG-Gesetz wird eindeutig die Position des Käufers gegenüber der des Verkäufers gestärkt und somit eine Regelung getroffen, die insbesondere an gesetzliche

16 Vgl. R.K. Grosjean, „Die neuen AGB's der Banken und Sparkassen“, Freiburg i.Br. 1986, 1. Auflage, Sonderdruck 74.94, S.4.

17 Vgl. Palandt, a.a.O., zu § 5 AGB-Gesetz, S.2363f.

18 Vgl. ebenda.

19 Palandt, a.a.O., zu § 8 AGB-Gesetz, S. 2368 f.

20 Die Klauselverbote des § 11 enthalten keine unbestimmten Rechtsbegriffe. Sind die Tatbestandsmerkmale erfüllt, so ist die Klausel, ohne daß es der Wertung durch das Gericht bedarf, nichtig.

21 § 23 Abs. 2 Ziff. 2 bis 6 AGB-Gesetz ist zu beachten, da diese Regelungen die Inhaltskontrolle wiederum beschränken.

22 Im kaufmännischen Verkehr gilt § 10 gern. § 24 Abs. 2 nur dann, wenn eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 9 zu bejahen ist.

23 Die Rechtsfolgen ergeben sich aus § 6 AGB-Gesetz.

24 In der Diskussion um den Verbraucherschutz setzen sich Juristen für eine gesetzgeberische Lösung ein, die es ermöglicht, vor der Verwendung von AGB generell zu überprüfen, ob ihnen die Wirksamkeit versagt werden muß. Vgl. Hensen, a.a.O., S. 133 f.

25 Das hat zur Folge, daß der Bürger, wenn ihm eine AGB-Klausel mißbräuchlich oder benachteiligend erscheint, sich zunächst an den Verbraucherschutzverband zu wenden hat, dessen Vorprüfung und Entscheidung er dann auch letztlich akzeptieren muß. K. Dittmann/H. Stahl haben in ihrem AGB-Gesetz-Kommentar (Wiesbaden 1977, S. 266) festgestellt, daß eine derartige Regelung das Ziel habe, unnötige Prozesse zu vermeiden und Querulanten fernzuhalten.

26 Vgl. zur Streitwertbegrenzung Palandt, a.a.O., zu § 22 AGB-Gesetz, S. 2409.