

Quo vadis § 306 BGB ?

Von Dr. Linn-Karen Fischer, Düsseldorf

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind in der Praxis von großer Bedeutung. Fast jedes Unternehmen bedient sich vorformulierter Klauseln, um seine geschäftlichen Beziehungen zu Dritten entsprechend eigener Vorstellungen gestalten zu können. Als Kehrseite für diese Einflussnahme sieht das Zivilrecht eine besondere Missbrauchskontrolle vor. Ihre inhaltliche Ausgestaltung samt den inkludierten Rechtsfolgen kann die wirtschaftlichen Interessen der einzelnen Akteure daher erheblich tangieren.

I. § 306 BGB im Lichte der Klausel-RL

Unbestritten unionsrechtskonform¹ soll die Unwirksamkeit einer AGB gem. § 306 Abs. 1 BGB üblicherweise nicht die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages bedingen. Vielmehr sollen die Parteien weiterhin an das von ihnen bestimmte Regelwerk gebunden sein. Über die weiteren Rechtsfolgen, die an eine unwirksame Klausel geknüpft werden können, ist eine kontroverse Debatte entfacht.²

1. Rückgriff auf dispositives Gesetzesrecht

a) Ausgangslage

aa) Rückgriff auf dispositives Gesetzesrecht als Regelfall: § 306 Abs. 2 BGB Auf Klauseln, die nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, können sich ihre Verwender nicht berufen. Da die betroffenen Klauseln in Folge des Unwirksamkeitsmakels wegfallen, entstehen im Vertragstext zwangsläufig gewisse Lücken. Entsprechend der in § 306 Abs. 2 BGB normierten Grundregel sollen diese Vertragslücken unwillkürlich mit dispositivem Gesetzesrecht aufgefüllt werden.

Ihren Ursprung nimmt die Norm zwar rein im nationalen Recht, nämlich in § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz aus dem Jahr 1976,³ jedoch wird ihr Inhalt seit Inkrafttreten der Klausel-RL 1993⁴ unionsrechtlich überlagert. So klar und prägnant der Ansatz von § 306 Abs. 2 BGB auch erscheinen mag, er findet auf Unionsebene keinen Widerhall.

bb) Rückgriff auf dispositives Gesetzesrecht als Ausnahmefall: *EuGH-Rechtsprechungslinie* Ausgangspunkt der unionsrechtlichen Analyse bilden Artt. 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 Klausel-RL. Beide Bestimmungen adressieren den rechtlichen Umgang mit missbräuchlichen Klauseln: Art. 6 Abs. 1 Klausel-RL überträgt den Mitgliedstaaten u.a. die Verantwortung, detaillierte Bestimmungen zur Unverbindlichkeit von unwirksamen Klauseln im nationalen Recht auszuarbeiten; Art. 7 Abs. 1 Klausel-RL nimmt die Mitgliedstaaten dahingehend in die Pflicht, der Verwendung missbräuchlicher Klauseln effektiv entgegenzuwirken.

Erste Anhaltspunkte dafür, wie der EuGH das Zusammenspiel letzterer Normen verstanden wissen möchte, finden sich in der Entscheidung „Käsler“. In diesem vielzitierten und daher mittlerweile prominenten Urteil hatte das Unionsgericht primär positiv festgestellt, dass dispositives Gesetzesrecht an die Stelle einer unwirksamen Vertragsklausel rücken kann. Dies gelte, wenn „ein Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher nach Wegfall einer missbräuchlichen Klausel nicht mehr durchführbar ist“.⁵ In nachfolgenden Vorabentscheidungsverfahren zur Auslegung der Klausel-RL nahm der EuGH sodann vielfach auf „Käsler“ Bezug. Seine Verweise erhielten allerdings fortan den einschränkenden Zusatz, dass die Möglichkeit, dispositives Gesetzesrecht heranzuziehen, „auf die Fälle beschränkt [ist], in denen die Ungültigerklärung der missbräuchlichen Klausel das Gericht verpflichten würde, den Vertrag insgesamt für nichtig zu erklären, wodurch der Verbraucher Konsequenzen ausgesetzt würde, die derart sind, dass er dadurch bestraft würde“.⁶ Bevor dieser Merksatz vom obiter dictum⁷ zum Gerichtstenor⁸ erhoben werden konnte, verstrichen zwar einige Jahre. Ungeachtet dessen lässt die gewählte Formulierung jedoch erkennen, dass der EuGH den Rückgriff auf dispositives Gesetzesrecht als Ausnahmefall versteht. Vor allem aber weicht der vom Unionsgericht gewählte Prüfungsansatz ganz wesentlich vom deutschen System ab: Nach der Konzeption des EuGH müssen sich die mitgliedstaatlichen Gerichte an erster Stelle mit der Frage auseinandersetzen, ob der Vertrag nicht auch ohne die weggefallene Klausel fortbestehen kann.

1 So auch Gsell JZ 2019, 751 (757).

2 Schmidt IWRZ 2022, 10 (15) kürte die Rechtsfolgenthematik unlängst zur „spannendste[n] Frage im Zusammenhang mit der Klausel-RL“.

3 Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976, BGBl. 1976 I 3317.

4 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95, 29.

5 EuGH 30.4.2014 – C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 – Käsler, EuZW 2014, 506 Rn. 85. Bezeichnend ist in diesem Kontext die Urteilsanmerkung von Fervers EuZW 2014, 510 (511), der fast beiläufig erwähnt, dass der EuGH die Möglichkeit zur Lückenfüllung durch das dispositive Gesetzesrecht erwartungsgemäß bestätigt. Ähnlich BGHZ 209, 337 Rn. 28.

6 EuGH 21.1.2015 – C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13, ECLI:EU:C:2015:21 – Unicaja Banco und Caixabank, BeckRS 2015, 80134 Rn. 33; EuGH 3.10.2019 – C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819 – Dziubak, BeckRS 2019, 23099 Rn. 48; vgl. auch EuGH 7.8.2018, C-96/16 und C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643 – Santander/Demba und Escobedo Cortés, NZM 2018, 1029 Rn. 74; EuGH 8.9.2022 – C-80/21 bis C-82/21, ECLI:EU:C:2022:646 – E.K., NJW 2022, 3489 Rn. 67; EuGH 8.12.2022 – C-625/21, ECLI:EU:C:2022:971 – Gupfinger, EuZW 2023, 336 Rn. 29; EuGH 23.11.2023 – C-321/22, ECLI:EU:C:2023:911, BeckRS 2023, 32850 Rn. 87, die allesamt über interne Verweisungsketten auf „Käsler“ zurückzuführen sind.

7 EuGH 21.1.2015 – C-482/13, C-484/13, C-485/13 und C-487/13, aaO, Rn. 33; EuGH 17.3.2016 – C-613/15, ECLI:EU:C:2016:195 – Ibercaja Banca, BeckRS 2016, 80770 Rn. 38; EuGH 7.8.2018, C-96/16 und C-94/17, aaO, Rn. 74; vgl. auch EuGH 3.10.2019 – C-260/18, aaO, Rn. 48.

8 EuGH 27.1.2021 – C-229/19 und C-289/19, ECLI:EU:C:2021:68 – Dexia, NJW 2021, 1447 Rn. 67; EuGH 8.9.2022 – C-80/21 bis C-82/21, aaO, Rn. 69; EuGH 8.12.2022 – C-625/21, aaO, Rn. 42.

Erst bei Negierung dieses Prüfungsschrittes kann überhaupt ein Rückgriff auf dispositives Gesetzesrecht in Betracht kommen.⁹ Eine wie im deutschen Recht nahezu automatisch vorgesehene Lückenfüllung durch dispositives Gesetzesrecht verbietet sich demnach.

Vor allem in der deutschen Literatur hat die vom EuGH präferierte Lesart der Klausel-RL methodisch sowie inhaltlich einige Kritik erfahren. Da sowohl Art. 6 Klausel-RL als auch Art. 7 Klausel-RL nicht als vollharmonisiertes Recht konzipiert sind, sondern den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum zusprechen,¹⁰ seien die Vorgaben des EuGH mit einer Umkehr der im Unionsrecht selbst festgehaltenen Kompetenzverteilung gleichzusetzen. Argumentativ stützte der EuGH seine Thesen vielfach lediglich auf referenzielle Selbstverweisungen. Dementsprechend werde der Begründungsaufwand der von der Rechtsprechungslinie ausgehenden Bedeutung und Tragweite nicht gerecht.¹¹ Überhaupt lasse die restriktive Haltung zum dispositiven Gesetzesrecht den vom Unionsgericht selbst herausgearbeiteten Telos zu Art. 6 Abs. 1 Klausel-RL weitestgehend außer Acht: Sinn und Zweck letzterer Bestimmung sei, eine materielle Ausgewogenheit bzw. die Gleichheit zwischen den Rechten und Pflichten der Vertragsparteien wiederherzustellen.¹² Bei fehlender Lückenschließung des Vertrages sei aber gerade eine einseitige Verschiebung zugunsten der Verbraucher zu befürchten; das materielle dispositive Gesetzesrecht hingegen auf einen Interessenausgleich der Vertragspartner gerichtet.¹³

Angesichts der berechtigten Kritikpunkte verwundert es nicht, dass sich einige Stimmen in der deutschen Literatur dazu veranlasst sahen, den Aussagegehalt einzelner EuGH-Urteile zu relativieren und damit auf der Metaebene das Vorliegen einer allgemein aussagekräftigen Rechtsprechungslinie zu verneinen.¹⁴ Dieser (nachvollziehbare) Ansatz scheint bereits aufgrund der sich mehrenden Anzahl an Entscheidungen inklusive des gebetsmühlenartigen Verweises zum beschränkten Rückgriff auf dispositives Gesetzesrecht kaum haltbar. Auch das deutsche Recht wird sich früher oder später an die Vorgaben des EuGH anpassen müssen.¹⁵

b) Möglichkeiten zur Realisierung eines unionsrechtskonformen Zustandes

aa) Reaktionen des BGH Positionierungen des obersten deutschen Zivilgerichts sind bislang rar gesät. Zumindest im Kontext der ergänzenden Vertragsauslegung verkündete der BGH mit Verweis auf das Urteil „Kásler“, dass die von § 306 Abs. 2 BGB vorgesehene Ersetzung einer missbräuchlichen Klausel durch eine dispositive nationale Vorschrift im Einklang mit dem Zweck von Art. 6 Abs. 1 Klausel-RL stehe.¹⁶ Inhaltlich hält der BGH in vielen Fällen eine Lückenfüllung durch ergänzende Vertragsauslegung, die er dem dispositivem Recht im weiten Sinne zuordnet, gerade deshalb für geboten, weil andernfalls eine für den Verbraucher nachteilige Gesamtnichtigkeit drohe.¹⁷ Indes erklärte der achte Zivilsenat die EuGH-Rechtsprechungslinie zu Artt. 6, 7 Klausel-RL im Kontext der ergänzenden Vertragsauslegung für nicht relevant. Es handele sich bei dieser Technik der Lückenfüllung nicht um dispositive Vorschriften des nationalen

Rechts im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs; die ergänzende Vertragsauslegung stünde den dispositiven Gesetzestexten lediglich gleich.¹⁸ Auch wenn nach Dafürhalten des achten Zivilsenats damit zur Unionsrechtskonformität des § 306 Abs. 2 BGB keine Aussage zu treffen war, ließ es sich das Gericht nicht nehmen, mit einem recht skeptischen Unterton die Stichwörter „richtlinienkonforme Auslegung“ zu erwähnen.¹⁹

bb) Stimmen in der Literatur In der Literatur wird zwar über mögliche Varianten diskutiert, wie § 306 Abs. 2 BGB an die Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung angepasst werden kann. Meist erfolgt die Auseinandersetzung mit dieser Thematik jedoch nicht in der gebotenen Tiefe. Daher sollen die zwei maßgeblichen Optionen, namentlich die teleologische Reduktion (1) sowie die schlichte Nichtanwendung von § 306 Abs. 2 BGB (2), im Folgenden methodisch beleuchtet werden.

(1) Teleologische Reduktion von § 306 Abs. 2 BGB In Reaktion auf die vom EuGH formulierten Kriterien zum Rückgriff auf dispositives Gesetzesrecht scheint sich unter den deutschen Autorinnen und Autoren bevorzugt die unionsrechtskonforme teleologische Reduktion von § 306 Abs. 2 BGB herauszukristallisieren.²⁰ Rieländer und Looschelders bezeichnen diesen Weg sogar als „geboten“. ²¹ Die Anforderungen an eine unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung seien als niedrigschwellig zu qualifizieren.²² Als ganz so eindeutig stellt sich die Rechtslage indes nicht dar. Die Grenze zwischen einer zulässigen Auslegung bzw. Rechtsfortbildung auf der einen sowie einem unzulässigen Aufschwung des Gerichts zum Ersatzgesetzgeber auf der anderen Seite ist mitunter nicht leicht zu bestimmen.

(a) Grundsätze der unionsrechtskonformen Interpretation (Auslegung und Rechtsfortbildung) Abgeleitet aus der in Art. 288

9 Looschelders ZIP 2022, 2222 (2224). Siehe aber auch Herresthal NJW 2023, 1161 Rn. 12, der die These aufwirft, ein Vertrag könne ohne Rückgriff auf dispositives Gesetzesrecht nicht fortbestehen.

10 Dies erkennt auch der EuGH selbst an: EuGH 16.7.2020 – C-224/19 und C-259/19, ECLI:EU:C:2020:578 – CaixaBank, BeckRS 2020, 16052 Rn. 83; EuGH 10.6.2021 – C-776/19 bis C-782/19, ECLI:EU:C:2021:470 – BNP Paribas, IWRZ 2021, 217 Rn. 27; EuGH 8.9.2022 – C-80/21 bis C-82/21, aaO, Rn. 86.

11 Herresthal NJW 2023, 1161 Rn. 3 ff.; Wilfinger EuZW 2021, 637 (639); wohl auch Wittebol/Choi WM 2021, 1734 und Rieländer EuZW 2023, 317 (322).

12 So schon beispielsweise EuGH 26.10.2006, C-168/05 ECLI:EU:C:2006:675 – Mostaza Claro, NJW 2007, 135 Rn. 36; EuGH 15.3.2012 – C-453/10, ECLI:EU:C:2012:144 – Pereničová und Perenič, NJW 2012, 1781 Rn. 28; aus der jüngeren Rechtsprechung EuGH 3.10.2019 – C-260/18, aaO, Rn. 39; EuGH 8.9.2022 – C-80/21 bis C-82/21, aaO, Rn. 66; EuGH 8.12.2022 – C-625/21, aaO, Rn. 28.

13 Wittebol/Choi WM 2021, 1734 (1738 f.); Gsell JZ 2019, 751 (756 f.); Rieländer EuZW 2023, 317 (321 f.); Herresthal NJW 2023, 1161 Rn. 11.

14 Zur Relativierung insbesondere Wilfinger VuR 2021, 18 ff. und Wilfinger EuZW 2021, 637 ff. sowie Staudinger/Mäsch, BGB, Neubearbeitung 2022, BGB § 306 Rn. 11a und 11b.

15 Zur (faktischen) erga-omnes-Wirkung von Vorabentscheidungsurteilen des EuGH Calliess/Ruffert/Wegener, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV Rn. 51; ErfK/Schlachter, Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, Art. 267 AEUV Rn. 45.

16 BGHZ 209, 337 Rn. 28.

17 BGH NJW 2019, 2602 Rn. 18 f.; BGHZ 233, 339 Rn. 45 ff.; ähnlich auch schon BGHZ 209, 337 Rn. 29.

18 BGHZ 231, 215 Rn. 52.

19 BGHZ 231, 215 Rn. 48.

20 Gsell JZ 2019, 751 (753); Gsell/Graf von Westphalen ZIP 2021, 1729 (1739 f.); Graf von Westphalen/Wendehorst EuZW 2021, 229 (235).

21 Rieländer EuZW 2023, 317 (324); Looschelders ZIP 2022, 2222 (2224).

22 Rieländer EuZW 2023, 317 (324).

Abs. 3 AEUV statuierten Verpflichtung zur Umsetzung von Richtlinien sowie der in Art. 4 Abs. 3 EUV niedergelegten Verpflichtung zur Loyalität sind die nationalen Gerichte nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH gehalten, nationales Recht unionsrechtskonform auszulegen.²³ Begrifflich könnte stattdessen auch von einer unionsrechtskonformen Interpretation gesprochen werden, da das Unionsgericht die im deutschen Recht traditionell angelegte Differenzierung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung, dh die Differenzierung zwischen Gesetzesanwendung innerhalb respektive außerhalb der Wortlautgrenze, nicht trifft.²⁴ Das Credo der unionsrechtskonformen Interpretation gilt dabei auch im Kontext von Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten.²⁵ Indes findet es – ebenfalls nach gefestigter EuGH-Rechtsprechung – seine Grenzen in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie etwa der Rechtssicherheit und dem Rückwirkungsverbot sowie dem Verbot, nationales Recht contra legem zu deformieren.²⁶ In kompetenzrechtlicher Hinsicht sieht sich der EuGH allerdings nicht befugt, die erwähnten Beschränkungen detailliert festzulegen.²⁷ Dies sei vielmehr eine Angelegenheit der nationalen Methodenlehre bzw. der nationalen Gerichte; ausgenommen allgemeine Hinweise.²⁸ Als ein in diesem Sinne allgemeiner Hinweis kann dementsprechend die Urteilspassage gewertet werden, wonach *„ein nationales Gericht nicht davon ausgehen darf, dass es eine nationale Vorschrift nicht im Einklang mit dem Unionsrecht auslegen kann, nur weil sie in ständiger Rechtsprechung in einem nicht mit dem Unionsrecht vereinbaren Sinne ausgelegt worden ist oder von den zuständigen nationalen Behörden auf diese Weise angewandt wird [...] Dies gilt erst recht in Bezug auf die Lehrmeinungen.“*²⁹ Ebenso dürfe und müsse das nationale Gericht die Prämisse zugrunde legen, der nationale Gesetzgeber intendiere bei der Transformation von unialem in nationales Recht, *„den sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen“*.³⁰ Im Rahmen welchen Prüfungsschritts dieser Grundsatz generell zu berücksichtigen ist, lässt der EuGH hingegen offen.³¹ Das 2004 in der Entscheidung „Björnekulla Fruktindustrier“ ergänzend formulierte Postulat, eine unionsrechtskonforme Interpretation solle *„ungeachtet entgegenstehender Auslegungshinweise, die sich aus den vorbereitenden Arbeiten zu der nationalen Regelung ergeben könnten“*,³² erfolgen, wurde in der nachfolgenden Rechtsprechung nicht rezipiert. Es überrascht daher nicht, dass die deutsche Rechtsprechung und Lehre der Vermutung zum unionsrechtskonformen Umsetzungswillen einen unterschiedlichen Bedeutungsgehalt zumessen.

Die für § 306 Abs. 2 BGB angeregte teleologische Reduktion ist nach den Grundsätzen der deutschen Methodenlehre der Kategorie Rechtsfortbildung zugehörig. Sie kommt überhaupt nur in Betracht, sofern das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist.³³ Mit Blick auf den unionsrechtlichen Kontext wird dieses Merkmal teilweise als gegeben angesehen: Die planwidrige Regelungslücke lasse sich mit der irrigen Vorstellung des Gesetzgebers begründen, er habe die Richtlinie ordnungsgemäß umgesetzt.³⁴ Laut *Schürnbrand* müsse die Lücke hingegen vom nationalen Recht selbst getragen werden; die in Rede stehende Bestimmung müsse sich aus autonomer deutscher Sicht als kor-

rekturbedürftig erweisen.³⁵ Selbst wenn man aber die erste Hürde unter Verweis auf den Konformitätswillen passiert, entbindet diese Annahme nicht von einer Prüfung der weiteren Grundbausteine einer richterlichen Rechtsfortbildung.³⁶

In einem zweiten Schritt ist sodann zu verifizieren, ob sich die angestrebte Lückenschließung noch mit dem objektiven Wortsinne sowie dem erkennbaren gesetzgeberischen Willen vereinbaren lässt.³⁷ Auch hinsichtlich dieser Prüfungsebene wird dem allgemeinen Regelungszweck, das Unionsrecht konform in die eigene Rechtsordnung zu integrieren, von einigen Stimmen in Rechtsprechung und Literatur eine Vorrangstellung einge-

23 Grundlegend EuGH 10.4.1984 – C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153 – Von Colson und Kamann, ZIP 1984, 1386 Rn. 26; EuGH 8.10.1987 – C-80/86, ECLI:EU:C:1987:43 – Kolpinghuis, BeckRS 2004, 73753 Rn. 12; EuGH 13.11.1990 – C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 – Marleasing, BeckRS 2004, 74075 Rn. 8; aus der aktuellen Rechtsprechung beispielsweise EuGH 8.5.2019 – C-486/18, ECLI:EU:C:2019:379 – Praxair, NZA 2019, 1131 Rn. 36 f.

24 Wank, Juristische Methodenlehre, § 15 Rn. 5; Michael/Payandeh NJW 2015, 2392 (2395); Grosche/Höft NJOZ 2009, 2294 (2298); Schürnbrand JZ 2007, 910; kritisch zur Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung Pötters/Christensen JZ 2011, 387 ff. Siehe auch die dezidierten Ausführungen von Grosche, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, S. 96 ff.

25 EuGH 9.3.2004 – C-397/01 bis C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 – Pfeiffer, NJW 2004, 3547 Rn. 119; EuGH 5.7.2007 – C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408 – Kofoed, EuZW 2007, 641 Rn. 45; EuGH 15.9.2011 – C-53/10, ECLI:EU:C:2011:585, EuZW 2011, 873 Rn. 34.

26 EuGH 8.10.1987 – C-80/86, aaO, Rn. 13; EuGH 16.6.2005 – C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 – Pupino, NJW 2005, 2839 Rn. 44 und 47; EuGH 4.7.2006 – C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 – Adeneler, NJW 2006, 2465 Rn. 110; aus der aktuelleren Rechtsprechung EuGH 8.5.2019 – C-486/18, aaO, Rn. 38.

27 Siehe aber auch Grosche/Höft NJOZ 2009, 2294 (2300 f.), die den allgemeinen Rechtsgrundsätzen sowie der contra legem-Grenze eine eigenständige unionsrechtliche Bedeutung im Sinne einer eigenständigen Prüfungsebene zumessen wollen. Vgl. auch Schürnbrand JZ 2007, 910 (912), der darauf hinweist, dass das unionsrechtliche Verbot, contra legem zu judizieren, nicht näher bestimmt ist.

28 EuGH 29.6.2017 – C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 – Popławski, BeckRS 2017, 114684 Rn. 38 ff.; EuGH 4.3.2020 – C-183/18, ECLI:EU:C:2020:153 – Bank BGŻ BNP Paribas, BeckRS 2020, 2678 Rn. 70 ff.; ebenso der Generalanwalt Szpunar ZfBR 2021, 846 Rn. 32 f. – Thelen Technopark Berlin; ferner BGHZ 207, 209 Rn. 42; BGH NJW 2021, 1008 Rn. 28; Michael/Payandeh NJW 2015, 2392 (2396); Wank RdA 2020, 1 (11).

29 EuGH 4.3.2020 – C-183/18, aaO, Rn. 68; so auch schon in verkürzter Form EuGH 17.4.2018 – C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 – Egenberger, NJW 2018, 1869 Rn. 73 sowie EuGH 29.6.2017 – C-579/15, aaO, Rn. 79.

30 EuGH 16.12.1993 – C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 – Wagner Miret, NJW 1994, 921 Rn. 20; EuGH 9.3.2004 – C-397/01 bis C-403/01, aaO, Rn. 112.

31 Michael/Payandeh NJW 2015, 2392 (2396); ausführlich zur Bedeutung des richtlinienkonformen Umsetzungswillens im Kontext der EuGH-Rechtsprechung Huber EuR 2021, 696 (708 ff.).

32 EuGH 29.4.2004 – C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 – Björnekulla Fruktindustrier, GRUR 2004, 682 Rn. 13.

33 Näheres zu der Begrifflichkeit Wank, Juristische Methodenlehre, § 15 Rn. 44 ff.; kritisch zu diesem Merkmal Grosche, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, S. 105 ff.

34 BGHZ 179, 27 Rn. 22 ff. – Quelle; BGHZ 192, 148 Rn. 34; BGHZ 201, 101 Rn. 23; Canaris FS Bydlinkski, 47 (85); Riesenhuber/Roth/Jopen, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 58; zweifelnd Grosche/Höft NJOZ 2009, 2294 (2305 f.) sowie Michael/Payandeh NJW 2015, 2392 (2396 f.); aA BGHZ 215, 126 Rn. 25 f.; BGH NJW-RR 2018, 1204 Rn. 14; BGH NJW 2020, 148 Rn. 25 ff.; Herdegen WM 2005, 1921 (1929).

35 Schürnbrand JZ 2007, 910 (914 f.).

36 Siehe beispielsweise BGHZ 207, 209 Rn. 37 ff. und BGH NJOZ 2016, 1521 Rn. 39 ff. In den Urteilen wird im Hinblick auf die planwidrige Regelungslücke zwar auf eine nicht beabsichtigte fehlerhafte Richtlinienumsetzung hingewiesen, im Ergebnis jedoch eine unionsrechtskonforme Interpretation abgelehnt, weil über dieses Instrument der erkennbare Wille des Gesetz- oder Ordnungsgebers im Hinblick auf die konkrete unionsrechtswidrige Regelung verändert würde.

37 Zum „Ob“ der Lückenschließung ausführlich Wank, Juristische Methodenlehre, § 15 Rn. 78 ff. Siehe auch die treffende Formulierung in BGH NJW-RR 2018, 1204 Rn. 13.

räumt.³⁸ Allenfalls finde die unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung ihre äußerste Grenze in der faktischen Derogation einer nationalen Norm.³⁹ Letztere Sichtweise ist zu Recht auf erhebliche Kritik gestoßen. Der allgemeine Konformitätswille ist lediglich Stein des Anstoßes für ein gesetzgeberisches Tätigwerden und losgelöst von der Frage, welchen konkreten Normbefehl der Gesetzgeber für die Lösung eines konkreten Sachproblems für sinnvoll erachte.⁴⁰ Der Differenzierung zwischen allgemeinem Umsetzungswillen und konkreter Regelungsabsicht kommt nicht zuletzt immer dann eine entscheidende Bedeutung zu, wenn einem unionsrechtswidrigen Zustand auf unterschiedliche Art und Weise abgeholfen werden kann. Bei verbleibenden Gestaltungsspielräumen wäre es höchst bedenklich, die eigentlich dem Gesetzgeber zustehende Entscheidung im Wege einer Rechtsfortbildung vorwegzunehmen.⁴¹ Ohnehin dürfte eine unmissverständliche Erklärung des nationalen Gesetzgebers, er setze sich bewusst in Widerspruch zu unionsrechtlichen Vorgaben, nahezu ausgeschlossen sein. Insofern liefe aber ein vorrangiges Abstellen auf den allgemeinen Umsetzungswillen auf eine nahezu unbegrenzt mögliche unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung hinaus.⁴² Daher erscheint es vorzugswürdiger, sich auch im unionsrechtsrechtlichen Kontext primär am konkret geäußerten Regelungswillen zu orientieren.⁴³ Diese methodische Vorgehensweise ist auch im Sinne der Rechtsklarheit zu begründen. Ein und dasselbe nationale Gesetz, das – wie im deutschen Recht nicht selten der Fall – die Vorgaben aus dem Unionsrecht überschießend umsetzt, könnte nicht mehr mit zwei unterschiedlichen Regelungsgehalten versehen werden: einem unionsrechtskonform rechtfortgebildetem und einem national nicht rechtfortgebildetem Part.⁴⁴

Schließlich dürfen drittens und letztens weitere verfassungsrechtlich verbrieft Grundsätze, namentlich die Rechtssicherheit, der Vertrauensschutz bzw. das Rückwirkungsverbot,⁴⁵ nicht außer Acht gelassen werden.⁴⁶

(b) Transfer der Grundsätze zur unionsrechtskonformen Interpretation (Auslegung und Rechtsfortbildung) auf § 306 Abs. 2 BGB Überträgt man die soeben skizzierten Parameter auf die Regelung des § 306 Abs. 2 BGB, erweist sich eine teleologische Reduktion als nur schwer vertretbar.

Eine planwidrige Regelungslücke ließe sich lediglich mit Verweis auf einen generellen Umsetzungswillen herleiten. In Reaktion auf den Erlass der Klausel-RL nahm der deutsche Gesetzgeber zwar einige Justierungen an dem damals geltenden AGB-Gesetz⁴⁷ vor. Hinsichtlich des § 6 Abs. 2 AGBG, dessen Wortlaut im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung in § 306 Abs. 2 BGB übernommen wurde,⁴⁸ hielt er eine Anpassung jedoch nicht für erforderlich. Vielmehr habe die Richtlinienbestimmung über die Rechtsfolgen der Missbräuchlichkeit einer vorformulierten Vertragsbedingung dem geltenden deutschen Recht entsprochen.⁴⁹ Aus sich heraus kann § 306 Abs. 2 BGB hingegen nicht als lückenhaft bezeichnet werden. Ganz im Gegenteil: Lückenhafte Verträge sind dem deutschen Recht eher fremd;⁵⁰ Lückenschließungen über das dispositive Recht, das gerade den vom Gesetzgeber als gerecht bewerteten Ausgleich widerstreitender Interessen verkörpert, werden zumeist als sachlich naheliegend und richtig eingeordnet.⁵¹

Inhaltlich würde die Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechungslinie zum Rückgriff auf dispositives Recht (noch) keine faktische Derogation des § 306 Abs. 2 BGB bedeuten. Die unionale Rechtsprechungslinie verkehrt aber das vom deutschen Gesetzgeber präferierte Regel-Ausnahme-Verhältnis ins Gegenteil: Anstelle einer grundsätzlichen Lückenschließung durch dispositives Gesetzesrecht tritt die grundsätzliche Lückenhaftigkeit ohne Rückgriff auf das dispositive Gesetzesrecht. Damit würde eine unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung das Regelungsziel des deutschen Gesetzgebers ganz wesentlich verfälschen bzw. der normative Gehalt von § 306 Abs. 2 BGB grundlegend neu bestimmen.⁵²

Da eine unionsrechtskonforme Interpretation des deutschen Rechts demnach nicht in Betracht kommt, sei an dieser Stelle lediglich der Vollständigkeit halber auf die weiteren Aspekte des Verfassungsrechts verwiesen. Im Kontext von AGB hat jedenfalls die Rechtsprechung hierzu einen restriktiven Kurs eingeschlagen. So hat der BGH mehrfach verkündet, es sei alleiniges Risiko des Verwenders, sollte eine Klausel auf Grundlage einer Rechtsprechungsänderung für unwirksam erklärt werden. Der Verwender könne sich insoweit nicht auf einen etwaigen Vertrauensschutz berufen.⁵³ Daher liegt der Schluss nahe, dass zumindest das weitere Verfassungsrecht einer teleologischen Reduktion von § 306 Abs. 2 BGB nicht entgegenstehen würde; zumal die europäische Rechtsprechungslinie zum Rückgriff auf dispositives Recht vor fast 10 Jahren ihre Anfänge nahm.

(2) Unanwendbarkeit von § 306 Abs. 2 BGB Verbiendet sich eine teleologische Reduktion von § 306 Abs. 2 BGB, ist in der

38 BGHZ 179, 27 Rn. 31 – Quelle; wohl auch BGH NJW 2020, 2540 Rn. 54 f. – Cookie-Einwilligung II; so noch Roth, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 14 Rn. 53b; mittlerweile zweifelnd Roth/Jopen, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 63 ff.

39 BGHZ 179, 27 Rn. 29 – Quelle; BGHZ 192, 148 Rn. 45; siehe dazu auch Schürmbrand JZ 2007, 910 (916) und Huber EuR 2021, 696 (699 f.).

40 Canaris FS Bydlinkski, 47 (99); Schürmbrand JZ 2007, 910 (916 f.); Grosche/Höft NJOZ 2009, 2294 (2306 f.); Huber EuR 2021, 696, 701 f.

41 BGH NJW 2021, 1008 Rn. 44.

42 Schürmbrand JZ 2007, 910 (916); Grosche/Höft NJOZ 2009, 2294 (2308); Huber EuR 2021, 696 (709); Michael/Payandeh NJW 2015, 2392 (2397).

43 So auch das oberste Zivilgericht vor allem in seiner jüngeren Rechtsprechung; BGH NJW 2020, 2328 Rn. 24; BGH NJW 2021, 1008 Rn. 36 ff.; Wank RdA 2020, 1 (3).

44 So aber noch BGHZ 179, 27 Rn. 28 – Quelle. Außerhalb des unionsrechtlichen Anwendungsbereichs sprach sich der BGH explizit gegen eine teleologische Reduktion ein- und derselben Norm aus, weil dies dem Wortlaut und dem eindeutig erklärten Willen des Gesetzgebers widersprechen würde.

45 Ausführlich zur Problematik, inwieweit sich die zivilrechtliche Rechtsprechung überhaupt am Rückwirkungsverbot messen lassen muss, Medicus NJW 1995, 2577 ff. und Früh WM 2023, 1587 ff.

46 BGHZ 179, 27 Rn. 33 – Quelle; BGH NJW 2012, 1073 Rn. 47; Michael/Payandeh NJW 2015, 2392 (2397).

47 Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) v. 9.12.1976, BGBl. 1976 I 3317.

48 BT-Drs. 14/6040, 91 f. und 153.

49 BR-Drs. 528/95, 9.

50 Vgl. BT-Drs. 7/3919, 21 sowie Herresthal NJW 2023, 1161 Rn. 14.

51 Herresthal NJW 2023, 1161 Rn. 11; Rieländer EuZW 2023, 317 (321 f.); wohl auch Wilfinger EuZW 2021, 637 (640) und Wilfinger VuR 2021, 18 (22 f.).

52 So auch Herresthal NJW 2023, 1161 Rn. 14; Graf von Westphalen NJW 2019, 275 (276); Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 306 Rn. 4c.

53 BGHZ 132, 6 (12); BGH NJW 2008, 1438 Rn. 19 f.; BGH NJW 2014, 2420 Rn. 88; BGHZ 229, 344 Rn. 35; kritisch Früh WM 2023, 1587 (1591).

Folge zu eruieren, inwieweit dem unionsrechtswidrigen Zustand alternativ begegnet werden kann bzw. muss.

Insbesondere stellt sich die Frage, ob Richtlinien eine sog. negative unmittelbare Wirkung zugesprochen kann: Ein Widerspruch von nationalem und unionalem Recht soll derart aufgelöst werden, dass die nationale Umsetzungsnorm unangewendet bleibt.⁵⁴ Im Kontext der Klausel-RL hat die These von der Unanwendbarkeit bislang keine Befürwortung gefunden.⁵⁵ Auch in rechtssystematischer Hinsicht scheinen jegliche Formen der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien nur schwer vorstellbar. Nach der in Art. 288 Abs. 3 AEUV niedergelegten Konzeption entfalten Richtlinienbestimmungen keine unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten, sondern bedürfen gerade eines Transformationsaktes. Für Privatrechtsstreitigkeiten gilt nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH zudem der Grundsatz, dass sich einzelne Bürger im Rahmen einer Auseinandersetzung nicht unmittelbar auf für sie günstige Richtlinienbestimmungen berufen können; sog. positive unmittelbare Wirkung.⁵⁶ Im Sinne eines Gleichlaufs sollte dementsprechend neben der positiven auch eine negative Richtlinienwirkung abgelehnt werden.⁵⁷ Nicht zuletzt hat sich nunmehr der EuGH der Thematik mit einer eindeutigen Position⁵⁸ angenommen. In seinem Urteil „Thelen Technopark“ hielt er fest, dass *„ein nationales Gericht nicht allein aufgrund des Unionsrechts verpflichtet ist, eine Bestimmung seines nationalen Rechts, die mit einer Bestimmung des Unionsrechts in Widerspruch steht, unangewendet zu lassen, wenn die letztgenannte Bestimmung keine unmittelbare Wirkung hat.“*⁵⁹ Anders könne die Rechtslage beurteilt werden, sofern die nationale Umsetzungsnorm einen Verstoß gegen unionales Primärrecht, also Bestimmungen des EUV, des AEUV oder der Europäischen Grundrechtecharta, befürchten lasse.⁶⁰ Auffällig ist allerdings, dass der auf Primärrechtsverletzungen fußende Anwendungsvorrang bislang nur für arbeitsrechtliche Konstellationen angenommen wurde, in denen vor allem das Diskriminierungsverbot eine maßgebliche Rolle spielte. Daher eignet sich letzterer Ansatz nur bedingt für einen Transfer in das Verbraucherschutzrecht.⁶¹ Generell gilt es zu bedenken, dass jegliches Sekundärrecht und insbesondere Richtlinien eine Konkretisierung von Grundrechten darstellen. Diese Erkenntnis kann aber mitnichten dazu führen, jedwede Verstöße gegen Richtlinien gleichsam als Verstöße gegen einschlägige Grundrechte hochzustilisieren und über diesen Umweg eine Unanwendbarkeit des nationalen Rechts zu begründen.⁶² Wo genau der EuGH die qualitativen Grenzen sieht, ist bislang nicht bekannt.

Aufgrund der schier unendlichen Gestaltungsmöglichkeiten lässt sich zwar nicht abstrakt prognostizieren, welche Primärrechte im Kontext unwirksamer AGB genau verletzt sein könnten. Hielte man § 306 Abs. 2 BGB als Kontrollüberlegung weiterhin für anwendbar, läge eine Grundrechtsverletzung jedoch ohnehin aus einem einfachen Grund nicht nahe: Das dispositive Recht, welches statt der unwirksamen Klausel zur Anwendung kommen soll, ist – wie bereits erwähnt – in der Regel auf einen gerechten Ausgleich widerstreitender Interessen gerichtet. Erschwerend kommt hinzu, dass Artt. 6 und 7 Klausel-RL den nationalen Gesetzgebern einen relativ großen Umsetzungsspiel-

raum zugestehen.⁶³ In diesen Fällen wird die nationale Umsetzungsnorm nach traditionellem deutschen Verständnis gerade nicht auf ihre Vereinbarkeit mit den Unionsgrundrechten überprüft, sondern am Maßstab des Grundgesetzes gemessen.⁶⁴

Konkludierend lässt sich damit festhalten, dass die Gerichte § 306 Abs. 2 BGB bis zu seiner gesetzgeberischen Reform weiterhin anwenden können.⁶⁵ In Zusammenschau mit § 306 Abs. 3 BGB, dessen Unionsrechtskonformität ebenfalls fraglich ist, wäre andernfalls eine beträchtliche Regelungslücke zu befürchten.⁶⁶

2. Gesamtnichtigkeit des Vertrags

Wie eingangs erwähnt, sollen unwirksame Vertragsklauseln im Regelfall die Wirksamkeit des Gesamtvertrages unberührt lassen. Die Parameter, anhand derer eine Gesamtunwirksamkeit zu bemessen ist, sind im unionalen und deutschen Recht jedoch

54 Generalanwalt Saggio, Schlussanträge 16.12.1999, C-240/98 bis C-244/98, ECLI:EU:C:1999:620 Rn. 29 f. – Océano; Generalanwalt Colomer, Schlussanträge 6.5.2003, C-397/01 bis C-403/01, ECLI:EU:C:2003:245 Rn. 58 – Pfeiffer; Pechstein/Nowak/Häde/ Pechstein/Görlitz, EUV/GRC/AEUV, 1. Aufl. 2017, Art. 267 AEUV Rn. 102; eine negative unmittelbare Wirkung jedenfalls der Verbraucherkredit-RL bejaht Knops NJW 2020, 2297 Rn. 24 ff. Siehe auch BVerfGE 126, 286 Rn. 77 – Honeywell. Das BVerfG geht in seinem Beschluss von einer negativen Richtlinienwirkung aus. Zur Begründung verweist das BVerfG auf die zum Beschlussdatum gültige EuGH-Rechtsprechung, die mittlerweile allerdings eine Konkretisierung erfahren hat.

55 Dazu Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGB-Recht, aaO, BGB § 306 Rn. 4c, der § 306 Abs. 2 BGB bis zum Tätigwerden des Gesetzgebers weiterhin für anwendbar erachtet.

56 Statt vieler EuGH 26.2.1986 – C-152/84, ECLI:EU:C:1986:84 – Marshall, NJW 1986, 2178 Rn. 48.

57 Schürnbrand JZ 2007, 910 (911); vgl. auch Herresthal, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, S. 80 f.

58 Zur kontrovers diskutierten Rechtsprechung in den Jahren vor der Positionierung Knops NJW 2020, 2297 Rn. 16 ff.

59 EuGH 18.1.2022 – C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33 – Thelen Technopark, NJW 2022, 927 Rn. 33; so auch schon, allerdings im Kontext von Rahmenbeschlüssen EuGH 24.6.2019 – C-573/17, EU:C:2019:530 – Popławski, BeckRS 2019, 12042 Rn. 68 und EuGH 4.3.2020 – C-183/18, aaO, Rn. 63.

60 Explizit auf Privatrechtsstreitigkeiten bezogen EuGH 22.11.2005 – C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 – Mangold, NJW 2005, 3695 Rn. 77; EuGH 19.1.2010 – C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 – Küçükdeveci, NJW 2010, 427 Rn. 56; EuGH 19.4.2016 – C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 – Dansk Industri, EuZW 2016, 466 Rn. 37; EuGH 17.4.2018 – C-414/16, aaO, Rn. 82. Siehe auch die dahingehende Interpretation der EuGH-Rechtsprechung durch das oberste deutsche Zivilgericht BGHZ 225, 297 Rn. 43.

61 Bauer/von Medem ZIP 2010, 449 (452) verstehen die negative Wirkung von Richtlinien als auf das Diskriminierungsverbot beschränkt. Dies ergebe sich u.a. aus der Besonderheit, dass der inhaltliche Kern des Diskriminierungsverbots auf primär- und sekundärrechtlicher Ebene im Wesentlichen identisch ist.

62 Siehe dazu die dezidiert erläuterte Auffassung von Wank RdA 2020, 1 (10 ff.).

63 Siehe auch Reich EuZW 2002, 87 (88) und Wank, RdA 2020, 1 (11), die eine negative unmittelbare Wirkung von Richtlinien jedenfalls für jegliche Fälle ausschließen, in denen der nationale Gesetzgeber über einen Umsetzungsspielraum verfügt.

64 Zu dieser Thematik haben Neumann/Eichberger JuS 2020, 502 ff. eine übersichtliche Zusammenstellung erarbeitet.

65 Insgesamt eine negative unmittelbare Wirkung von Richtlinien ablehnend BGH NJW 2021, 1008 Rn. 46; BGH NJW 2022, 3228 Rn. 22; KG NZBau 2020, 393 Rn. 65; Canaris FS Schmidt, 41 (44); Herresthal, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, S. 78 ff.; Schürnbrand JZ 2007, 910 (911). Vgl. aber auch die methodisch zweifelhafte Entscheidung BGH NJW 2016, 1718 Rn. 35 und Rn. 66, in der das oberste Zivilgericht eine unionswidrige nationale Bestimmung zwar nicht als unanwendbar einstuft, sie aber dennoch im zu entscheidenden Fall faktisch unangewandt ließ.

66 Canaris FS Schmidt, 41 (44).

nicht deckungsgleich:⁶⁷ § 306 Abs. 3 BGB spricht von einer unzumutbaren Härte für eine Vertragspartei und lässt damit u.a. Raum für subjektive Interpretationen. Laut Art. 6 Abs. 1 Klausel-RL soll eine Gesamtnichtigkeit hingegen danach beurteilt werden, ob der Vertrag ohne die missbräuchliche Klausel bestehen kann. Nach Lesart des EuGH gilt für diese Prüfung ausschließlich ein objektiver Ansatz. Insbesondere solle die Lage einer der Vertragsparteien nicht als das maßgebende Kriterium angesehen werden, das über das weitere Schicksal des Vertrags entscheide.⁶⁸ Vor allem die Literatur hält es für durchaus gangbar, den Begriff der Unzumutbarkeit in unionsrechtskonformer Weise auszulegen.⁶⁹ Mag dieser Ansatz womöglich noch mit dem Willen des deutschen Gesetzgeber verträglich sein,⁷⁰ lässt sich hierüber eine andere bereits dargestellte gravierende Abweichung vom Unionsrecht nicht beseitigen. Dem eindeutigen Wortlaut und Telos nach soll die Unzumutbarkeit iSd § 306 Abs. 3 BGB auf der Grundlage des durch dispositives Gesetzesrecht lückengefüllten Vertrages beurteilt werden.⁷¹ Da das Unionsrecht bzw. der EuGH eine genau umgekehrte Prüfungsreihenfolge vorschreibt, wonach die Gesamtnutzenwirksamkeit insbesondere eine Vorfrage für den Rückgriff auf dispositives Recht darstellt, muss § 306 Abs. 3 BGB konsequenterweise auch als mit dem Unionsrecht unvereinbar eingestuft werden.⁷² Mangels negativer unmittelbarer Wirkung der Klausel-RL findet letztere Norm allerdings bis zur Gesetzesanpassung uneingeschränkte Anwendung.⁷³

II. Fazit

§ 306 Abs. 2 und Abs. 3 BGB können weder unionsrechtskonform ausgelegt bzw. rechtsfortgebildet noch von den Gerichten

als unanwendbar behandelt werden. Weit weniger eindeutig als dieses Ergebnis sind jedoch die vom EuGH ausgearbeiteten Konturen für eine unionsrechtskonforme Ausgestaltung des AGB-Rechts.⁷⁴ Ob die Bundesrepublik Deutschland vor diesem Hintergrund rein faktisch ein Vertragsverletzungsverfahren zu befürchten hat oder sich wegen etwaiger Staatshaftungsansprüche die unzureichende Umsetzung des Unionsrechts betreffend verantworten muss, darf bezweifelt werden. Insoweit ist *Herresthals* Schlussfolgerung uneingeschränkt beizupflichten: Im Hinblick auf die Rechtsfolgen, die im Falle unwirksamer Klauseln vorgesehen werden können, sollten sich die Mitgliedstaaten um eine aufschlussreiche neue Unionsgesetzgebung bemühen.⁷⁵

67 MüKoBGB/Fornasier, 9. Aufl. 2022, BGB § 306 Rn. 6 f.; Staudinger/Mäsch, BGB, Neubearbeitung 2022, BGB § 306 Rn. 11i; Gsell/Graf von Westphalen ZIP 2021, 1729 (1740); kritisch ferner Rieländer EuZW 2023, 317 (325 f.).

68 EuGH 15.3.2012 – C-453/10, aaO, Rn. 32; EuGH 3.10.2019 – C-260/18, aaO, Rn. 39 und 41; EuGH 29.4.2021 – C-19/20, ECLI:EU:C:2021:341 – Bank BPH, GRUR-RS 2021, 8913 Rn. 56; EuGH 23.11.2023 – C-321/22, aaO, Rn. 81 f.

69 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 306 BGB Rn. 73; Gsell JZ 2019, 751 (758); wohl auch Gsell/Graf von Westphalen ZIP 2021, 1729 (1740), die von einer starken Annäherung sprechen; siehe auch BGH NJW-RR 2017, 557 Rn. 25. Vgl. ferner Fervers/Gsell NJW 2019, 2569 (2572), die als Gründe für eine unionsrechtskonforme Gesamtnutzenwirksamkeit die Undurchführbarkeit sowie die objektive Unausgewogenheit eines Vertrages anerkennen wollen.

70 AA Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGB-Recht, aaO, BGB § 306 Rn. 4e.

71 BT-Drs. 7/3919, 21 f.

72 Staudinger/Mäsch, BGB, Neubearbeitung 2022, BGB § 306 Rn. 11i; Graf von Westphalen NJW 2019, 275 (276); Graf von Westphalen EuZW 2019, 121 (127).

73 Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGB-Recht, aaO, BGB § 306 Rn. 4e.

74 So auch das Fazit von Rieländer EuZW 2023, 317 (327).

75 Herresthal NJW 2023, 1161 Rn. 14.

ZPO: Sekundäre Darlegungslast nur nach Primärbeweis der Rechtsbeziehung

Von Dr. Matthias Sprißler, Tübingen*

Die folgende Abhandlung soll zeigen, warum die sekundäre Darlegungslast zwingend auf einer vorangegangenen oder bestehenden, in beiden Fällen aber primär zu beweisenden Rechtsbeziehung und paralleler materieller Auskunftspflichtung aufbauen muss, um nicht prozessuale Grundprinzipien und rechtsstaatliche Grundrechte und Art. 38 GRCh zu Lasten des Verbrauchers zu verletzen.

I. Die Beweislast-Grundregel

Die prozessuale Grundregel im Zivilprozess lautet seit Beginn unserer Rechtskultur im römischen Recht: **Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.**¹ Alle Tatsachen, aus denen eine Partei Rechte herleitet, müssen von ihr bewiesen werden. Diese Be-

weislastregel steht über der materiellen Gerechtigkeit; wer seinen behaupteten Vortrag nicht beweisen kann, verliert den Prozess, selbst wenn es so gewesen sein sollte, wie es vorgetragen wurde. Dies hat seinen guten Grund: Der Richter müsste ansonsten sein Urteil zu Lasten der Beklagten nicht auf bewiesene Tatsachen stützen, sondern allein auf die Behauptungen des Klägers oder auf sein Bauchgefühl. Letztlich geht es um grundgesetzliche Rechtsschutzgarantien, um Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechte und prozessuale Wahrheitspflichten.

Mit dem Beweis des ersten Anscheins und gesetzlichen Fiktionen haben Rechtsprechung und Gesetzgebung für typische und

* Der Autor ist Richter am Landgericht Tübingen.

1 Dig. 22, 3, 2 (Paulus: „Die Beweislast obliegt dem, der behauptet, nicht dem, der bestreitet.“); Kaser u.a., Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 9 Rn. 4.