

**Friedrich Graf von Westphalen**

## Die „Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“ – fehlerhaft und unzureichend



Früher galt einmal für alle politischen Reformer, dass sie die Beweislast dafür tragen, dass die bestehenden Verhältnisse zu nicht hinnehmbaren Ergebnissen geführt haben und daher geändert werden müssen. Doch sie schuldeten im gleichen Atemzug auch den Nachweis, dass daher begründete Aussicht besteht,

dass eine Durchsetzung der Reform – hier eine erhebliche Absenkung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Bereich – eine gerechtere und auch freiheitlichere Ordnung nach sich ziehen wird. Eins nach dem anderen:

### Grundlegende Fehler

Auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH zur so genannten „Indizwirkung“ der §§ 308, 309 BGB im unternehmerischen Verkehr (§ 307 BGB), so ist in dem Positionspapier der „Frankfurter Initiative“ zu lesen, gelange die Rechtspraxis im Regelfall zu dem Ergebnis, „dass im unternehmerischen Verkehr die gleichen Standards gelten wie gegenüber Verbrauchern“ (S. 3). Das aber widerspreche „dem Ziel des Gesetzgebers nach Flexibilität für den kaufmännischen Bereich.“ Das ist schlicht so nicht zutreffend: in der Grundsatzentscheidung „Gleichschritt“ zu § 309 BGB als „Indiz“ für eine unangemessene Benachteiligung bei der Verwendung einer solchen Klausel im unternehmerischen Verkehr heißt es ausdrücklich bereits im Leitsatz der BGH-Entscheidung relativierend: „es sei denn, die Klausel kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Verkehrs als angemessen angesehen werden“ (NJW 2007, 3774). Der gleiche Vorbehalt ist in dem Ausgangsurteil vom 3.8.1984 zu finden (NJW 1984, 1750, 1751). Und in der von der „Frankfurter Initiative“ als einzigen Beleg für ihre These von der Gleichordnung des Verbraucherschutzes und des Schutzes des Unternehmers zitierten Entscheidung fehlt zwar dieser Vorbehalt (BGH NJW-RR 2005, 247, 248). Doch steht dort klar: „Maßgeblich ist vielmehr § 9 AGBG (§ 307 BGB)“, um dann fortzufahren: „Dadurch ist das Klauselverbot nicht unbeachtlich“, sondern als „Indiz“ für die unangemessene Benachteiligung eines Kaufmanns zu werten.

Diese Rechtsprechung des BGH stellt allein deswegen beide Schutzstandard im Kern gleich, weil sie schon lange vor Erlass des AGBG den Schutzstandard gegenüber einseitig gestellten AGB in der Vertragsgerechtigkeit der Normen des dispositiven Rechts erblickt hat (BGHZ 64, 151, 154). Unter diesem Gesichtswinkel kann aber wegen der allgemeinen Geltung dieser Normen zwischen Verbrauchern, Minder- und Vollkaufleuten kein Unterschied begründet werden (BGH NJW 1976, 2345, 2346), wenn die Klausel davon unangemessen abweicht. Daher hat auch der Gesetzgeber in § 9 Abs. 2 Nr. 1 BGB genau diesen Gedanken der „Leitbildfunktion“ des dispositiven Rechts aufgegriffen und gesetzlich umgesetzt (BT-Drucks. 7/3919 S. 43). Dabei ist auch zu beachten, dass nahezu alle Verbote der §§ 308, 309 BGB auf Vorentscheidungen der Rechtsprechung zu § 242 BGB beruhen. Es galt daher in dem damaligen § 24 Abs. 1 Satz 2 AGBG (nunmehr § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB) sicherzustellen, dass der Umkehrschluss vermieden wird, dass nämlich die Klausel, die gegenüber einem Verbraucher unwirksam ist, gegenüber einem Kaufmann rechtens ist (so ausdrücklich BT-Drucks. 7/3919 S. 43). Es ist also rechtstechnisch gewertet zwingend, auf die Verbote der §§ 308, 309 BGB im Rahmen einer Wertung nach § 307 BGB im unternehmerischen Verkehr Bezug zu nehmen, weil – wie der Gesetzgeber selbst sagt – „die Anwendbarkeit der Generalklausel (§ 307 BGB) auch im kaufmännischen Rechtsverkehr in keiner Weise eingeschränkt ist“ und daher durchaus zu einem gleichlautenden Ergebnis führen kann, soweit dies durch die Generalklausel des § 307 BGB gedeckt ist.

Ins Gewicht fällt daher auch, dass die „Frankfurter Initiative“ anstelle des Schutzzwecks – Herstellung der erforderlichen Vertragsgerechtigkeit nach § 242 BGB – auf die vom BGH schon vor Erlass des AGBG zurückgewiesene Schutzthese abstellt, dass nämlich die richterliche Inhaltskontrolle sich an der Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners des Verwenders messen lassen muss (grundlegend BGH NJW 1976, 2345, 2346). Indessen will die „Frankfurter Initiative“ diesen auf die Unternehmen beschränken, die vom Verwender „wirtschaftlich abhängig sind“ (S. 4). Das geht extrem weit. Dabei ist auch die insoweit vorgesehene erhebliche Beschränkung des allgemeinen, an § 242 BGB ausgerichteten Merkmals der „unangemessenen Benachteiligung“ zu

beachten. Sie wird in dem unterbreiteten Gesetzesvorschlag wie folgt umschrieben und in der Sache gravierend beschränkt: „§ 307 Abs. 1 und Abs. 2 findet [...] mit der Maßgabe Anwendung, dass eine Vertragsbestimmung nicht unangemessen ist, wenn sie von guter unternehmerischer Praxis nicht grob abweicht; bei der Beurteilung der groben Abweichung ist auch ein Schutzbedürfnis der anderen Vertragspartei zu berücksichtigen.“ Auf die schwer zu bewältigenden dogmatischen Inkonsistenzen soll hier indes nicht eingegangen werden. Denn ein weiterer Gedanke muss in die Arena geworfen werden.

## Fehlende Nachweise

Es ist in der Sache durchaus sehr bemerkenswert, dass das neue Datengesetz die Missbräuchlichkeit einer Datenklausel auf EU-Ebene uneingeschränkt an den Geboten von Treu und Glauben (Art. 13 Nr. 3 DATA ACT) misst und dieses Maß auch gegenüber Großunternehmen anwendet („fair dealing“). Die „Frankfurter Initiative“ hingegen will die Missbräuchlichkeit für den unternehmerischen Verkehr durch eine Novellierung von § 307 BGB erst bei einer „groben“ Abweichung als unangemessene Benachteiligung verstehen. Das liegt weit außerhalb der Grenze von § 242 BGB. Doch der weiteren Einwände sind viele.

Nach wie vor hat keiner der vielen Autoren, die sich sehr engagiert für eine Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Verkehr einsetzen, auch nur ansatzweise den Versuch unternommen, welche Ergebnisse der mehr als 50 Jahre alten Rechtsprechung denn in der Tat sachwidrig oder nicht tragbar sind, worauf Grüneberg schon seit langem verweist (§ 307 Rn. 38). Dieser Nachweis muss dann aber gleichzeitig auch das rechtspolitische Rätsel lösen, aus welchen Gründen die Reformer denn mehr als 30 Jahre zu der Entwicklung der BGH-Judikatur zur Klauselkontrolle im unternehmerischen Verkehr schlicht geschwiegen haben. Sie können daher mit Sicherheit auch nicht den Beweis antreten, dass erst zu Beginn der 2000er Jahre die Rechtsprechung Ergebnisse geliefert hat, die als krasse Abweichung von den Standards zu werten wären, die während der ersten 30 Jahre der Geltung des AGBG in den Büchern standen, so dass sie erst dann „erwacht“ sind.

In einer solchen zu erstellenden Fallanalyse müssten die Reformer dann auch den entscheidenden Nachweis antreten, dass nämlich das Schutzkonzept der Vertragsgerechtigkeit dem vom BGH immer abgelehnten Konzept der „Schutzbedürftigkeit“ so sehr unterlegen ist, dass eine Reform erforderlich ist. Der simple Hinweis auf die durch die Inhaltskontrolle eingeschränkte Vertragsfreiheit des Verwenders ist ja eine reine Binse, weil nur auf diesem Weg die Vertragsgerechtigkeit zugunsten des Vertragspartners erzeugt werden kann.

Auch ist der Nachweis geschuldet, dass der von der „Frankfurter Initiative“ in Geltung gesetzte Parameter der „guten unternehmerischen Praxis“ nicht der der Rechtstreue des Verwenders ist, weil er nicht seine AGB zu seinem Nutzen „maximiert“, sondern sie der Rechtsprechung des BGH unterworfen hat. Oder soll derjenige Verwender künftig das Etikett „guter Unternehmensführung“ erhalten, der bislang als rechtswidrig eingestufte AGB im unternehmerischen Verkehr verwendet hat?

Vor allem aber ist ganz, ganz dringend der rechtspolitische Nachweis geschuldet, den aber der Gesetzgeber unbedingt beachten und auch erbringen muss: Wie wirkt sich denn eine Reform der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr – unter Beachtung der vorerwähnten Neufassung von § 307 BGB – auf all die zahllosen Vertragstypen aus, die sich im unternehmerischen Verkehr – geboten durch die Beachtung der am dispositiven Recht ausgerichteten Grundsätze der Vertragsgerechtigkeit (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) – als Folge der seit 50 Jahren ergangene BGH-Rechtsprechung herausgebildet haben? Dann muss nämlich entgegen dem Gebot von Treu und Glauben der Billigkeit und damit der Vertragsgerechtigkeit das Sterbeglöckchen geläutet und schlicht alles auf den Prüfstand gestellt werden; denn eine mehr als zweifelhafte einseitige Freiheit des Verwenders feiert fröhliche Auferstehung.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien hier der Bauvertrag, die Bürgschaft, die Sicherungsrechte, der Leasingvertrag, der gewerbliche Mietvertrag, der Vertragshändler- und Handelsvertretervertrag genannt und natürlich alle Einkaufs- und Verkaufs-AGB jeder Couleur. Wer will das verantworten?