

## II. Entwicklungen

### AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen

*Eine Skizze*

von *Hans-W. Micklitz*, Berlin

#### I. Verbraucherschutz in der EG – Die verhinderte Reform?

Schon im ersten Verbraucherschutzprogramm des Rates vom 14. April 1975 taucht als Regelungsgegenstand der Schutz des Verbrauchers vor mißbräuchlichen Handelspraktiken, insbesondere bei Vertragsbedingungen auf. Seither steht die Europäische Regelung der mißbräuchlichen Vertragsklauseln auf der Tagesordnung der Verbraucherpolitik. Der Beratende Verbraucherausschuß hat in all den Jahren zweimal grundsätzlich Stellung genommen: Das erste Papier stammt aus der Feder von Borge Dahl<sup>2</sup>, das zweite hat der Verfasser zu einem Zeitpunkt erstellt, als sich die Kommission mit ersten Diskussionspapieren an eine begrenzte Öffentlichkeit wandte<sup>3</sup>. Der im Jahre 1990 im Amtsblatt der Gemeinschaft veröffentlichte Vorschlag fand ein breites Echo<sup>4</sup>. Nicht nur, daß bereits der Entwurf in den juristischen Fachzeitschriften abgedruckt wurde, was für sich gesehen schon ein ungewöhnlicher Vorgang ist.<sup>5</sup> Der Entwurf sah sich Kritik ausgesetzt<sup>6</sup>, fand aber auch Zustimmung<sup>7</sup>. Kritik und Zustimmung entzündete sich in der Bundesrepublik an zwei Fragen: An der Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Verbrau-

---

<sup>1</sup> Cf. Abgedruckt bei *E. v. Hippel*, Verbraucherschutz, 3. Auflage, 1986, S. 461 unter 24) III.

<sup>2</sup> ENV/240/77 – D, Unangemessene Klauseln in Verträgen mit Verbrauchern.

<sup>3</sup> Cf. BVA/176/85 vom 24. 9. 1985.

<sup>4</sup> Cf. Vorschlag für eine Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen, (KOM [90]) 322 endg. – SYN 285, Drucksache des Bundesrats (BR-Drucksache) 611/90.

<sup>5</sup> Etwa in der Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZfW) 1991, 200 ff.

<sup>6</sup> Cf. *H.-E. Brandier/P. Ulmer*, EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Kritische Bemerkungen zum Vorschlag der EG-Kommission, Betriebsberater (BB) 1991, 701; *dieselben*, The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal submitted by the EEC Commission, CMLR 1991, 647 ff.; *H.-J. Bunte*, Gedanken zur Rechtsharmonisierung in der EG auf dem Gebiet der mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, in: *P. Löffelmann/H. Korbion* (Hg.), Festschrift für Horst Locher, 1990, 325 ff.; *C.-W. Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: *P. Badura/R. Scholz* (Hg.), Festschrift für Peter Lerche, 1993, 873 ff.

<sup>7</sup> Stellungnahme der Consumer Law Group, an der Ausarbeitung war erneut B. Dahl wesentlich beteiligt, ECLG Opinion on the Proposal for a Council Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts (COM) 90 final, OJ C 243, 28. 9. 1990, 2 ff.

cherverträge und an der Erstreckung der Kontrolle auf mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ohne daß es auf deren Charakter als Allgemeine Geschäftsbedingungen ankommt<sup>8</sup>. Nach der Stellungnahme durch das Europäische Parlament<sup>9</sup> legte die Kommission am 5.3.1992 einen geänderten Vorschlag vor<sup>10</sup>. ABG-Klauseln und mißbräuchliche Klauseln in Individualverträgen sollten einer gestuften Kontrolle unterworfen werden. Die Kontrolle sollte sich primär auf AGB's erstrecken, doch sollte eine Kontrolle von Individualverträgen möglich bleiben, „sofern die Gesamtwertung zu dem Schluß führt, daß es sich dennoch um die Bindung an einen Unterwerfungsvertrag handelt“<sup>11</sup>. Am 22.9.1992 verabschiedete der Rat einen Gemeinsamen Standpunkt, der wiederum in den juristischen Fachzeitschriften veröffentlicht wurde<sup>12</sup>. Neben einer weiteren redaktionellen Überarbeitung konnte sich die deutsche Seite mit ihrem Anliegen durchsetzen, die Individualverträge aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie herauszunehmen<sup>13</sup>. Am 5.4.1993 wurde die Richtlinie 93/13 verabschiedet<sup>14</sup>. Die Richtlinie enthält im Kern die Einführung einer Generalklausel Art.3 (1), aber keine verbindliche schwarze Liste mißbräuchlicher Klauseln Art.3 (3), und verlangt eine Kontrolle, die aber nicht im Wege der Verbandsklage ausgeübt werden muß, Art.7.

Der Beitrag beschränkt sich auf eine knappe Erörterung des Inhaltes der Richtlinie und versucht eine Strukturierung der vehement aufbrandenden Streitfragen<sup>15</sup>, die im Zuge der bis zum 31.12.1994, Art.10 (1), anstehenden Umsetzung einer Antwort harren. Das Spektrum der Konflikte ist breit. Die Richtlinie regelt nur die Rechtsbeziehungen zwischen Verbrauchern und

<sup>8</sup> Cf. *Brandner/Ulmer* (Fn.6) 703 mit Nachweisen in Fn.15 a.

<sup>9</sup> Cf. Amtsblatt (Abl.) Nr. C 326, 16.12.1991, 108 ff. und der Stellungnahme des Wirtschaftsausschusses, Abl. Nr. C 159, 17.6.1991, 34 ff.

<sup>10</sup> Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (92/C 73/05), KOM (92) 66 endg. - SYN 285, Abl. C 73, 24.3.1992, 7 ff.

<sup>11</sup> Cf. Art.3 (2) des geänderten Vorschlages (Fn.10). Was wohl den Intentionen entsprach, die *Brandner/Ulmer* für den Fall verfolgt wissen wollten, daß auch Individualverträge einer Kontrolle unterworfen werden, (Fn.6) 704.

<sup>12</sup> Cf. Gemeinsamer Standpunkt des Rates im Hinblick auf die Annahme der Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ZIP 1992, 1591 ff. Der Gemeinsame Standpunkt wird nicht im Amtsblatt veröffentlicht, veröffentlicht wird nur die Entscheidung, daß der Rat einen Gemeinsamen Standpunkt verabschiedet hat. Dieser ist dann auf Anfrage von der Kommission zu beziehen. Auch veröffentlicht in: *Juris-Classeur Périodique* 15 (1992), 473 ff.

<sup>13</sup> Mittels der Einfügung der drei Worte in Art.3 auf den übrigen Vertrag, cf. Art.3 (2) des Gemeinsamen Standpunktes, in diesem Sinne auch *Brandner* (Fn.12) 1590.

<sup>14</sup> Cf. Abl. Nr. L 95, 21.4.1993, 29 ff. = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1993, 352 ff.

<sup>15</sup> Erste Stellungnahmen zur Richtlinie liegen bereits vor: *P. Hommelhoff/K.-U. Wiedenmann*, AGB gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen, ZIP 1993, 562 ff.; *K. Frey*, Wie ändert sich das AGB-Gesetz?, ZIP 1993, 572 ff.; *P. Ulmer*, Zur Anpassung des AGB-Gesetzes and die Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, EuZW 1993, 337 ff.; *H. Heinrichs*, Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, 1817 ff.

Gewerbetreibenden. Sie zielt lediglich auf Verbraucherschutz, verfolgt also einen gänzlich anderen Ansatz als das AGB-Gesetz<sup>16</sup>. Die Diskussion um Einheitsprivatrecht und Sonderprivatrecht ist bereits entbrannt<sup>17</sup>, rechtstechnisch in der Frage formuliert, ob die mögliche Änderungen in das AGB-Gesetz integriert<sup>18</sup> oder ob nicht vielmehr ein Parallelgesetz verabschiedet werden soll<sup>19</sup>. Inhaltlich stehen eine Reihe von Entscheidungen über Detailfragen an, die weitgehend durch den vom AGB-Gesetz verschiedenen Regelungsansatz determiniert werden, d. h. eine Neufassung des AGB-Begriffs, eine Umformulierung der Generalklausel, den Kontrollmaßstab. Nur am Rande in das Blickfeld geraten sind bislang die genuin europarechtlichen Fragen, die aus der Rechtsnatur der Richtlinie als Minimalrichtlinie<sup>20</sup> und dem Bedeutungszuwachs resultieren, den der Europäische Gerichtshof in Kernbereichen des Privatrechts erhalten wird. Die Europäische Gemeinschaft hat mit ihrem Vorstoß die Diskussion um die Reichweite einer Kontrolle von unlauteren Vertragsklauseln neu entfacht<sup>21</sup>. Unisono lautet der Kanon, das AGB-Gesetz habe sich in der Praxis bewährt und eine Reform müsse sich auf die notwendige Anpassung oder die notwendige Umsetzung der Richtlinie beschränken<sup>22</sup>. Doch fehlen empirische Untersuchungen über die Effektivität des AGB-Gesetzes. Sie würden möglicherweise helfen, dem prozessualen Teil des AGB-Gesetzes mehr Aufmerksamkeit zu schenken als bislang<sup>23</sup>.

## II. Der Inhalt der Richtlinie im Lichte des deutschen AGB-Gesetzes

Art. 1 (2) nimmt Vertragsklauseln aus dem Anwendungsbereich aus, die auf bindenden Rechtsvorschriften, Bestimmungen oder Grundsätzen internationaler Übereinkommen beruhen. Diese Passage ist erst in den geänderten Vorschlag eingefügt worden. Aus der Begründung ergibt sich, daß bei Klauseln in

<sup>16</sup> Jedenfalls insoweit ließe sich ungeachtet der seinerzeit ausgetragenen Divergenzen um den Schutzzweck des AGB-Gesetzes wohl Einigkeit herstellen.

<sup>17</sup> Sie wird gestellt von *Brandner/Ulmer* (Fn. 6) 703 mit Nachweisen in Fn. 15 a.

<sup>18</sup> So *Frey* (Fn. 15) 572; *Ulmer* (Fn. 15) 341 ff. und *Heinrichs* (Fn. 15) 1818.

<sup>19</sup> So dezidiert, *Hommelhoff/Wiedenmann* (Fn. 15) durchgängig, cf. auch *P. Hommelhoff*, *Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung*, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 192 (1992) 71 ff., ähnlich wie bei der Umsetzung der Produkthaftungsrichtlinie verfahren wurde, cf. erneut *P. Hommelhoff*, *Teilkodifikationen im Privatrecht- Bemerkungen zum Produkthaftungsgesetz*, in: M. Löwisch/C. Schmidt-Leithoff/B. Schmiedel (Hg.), *Festschrift für Fritz Rittner*, 1991, 165 ff.

<sup>20</sup> Cf. Mit der Ausnahme von *Ulmer* (Fn. 15) 339 ff.

<sup>21</sup> Was in den Erwägungsgründen des Gemeinsamen Standpunktes ausdrücklich betont wird (Fn. 12).

<sup>22</sup> Cf. Die Nachweise in Fn. 15.

<sup>23</sup> Cf. Aber *E. Schmidt*, *Die Verbandsklage nach dem AGB-Gesetz*, *NJW* 1989, 1193 ff.; *H. Koch*, *Verbraucherprozeßrecht, Verfahrensrechtliche Gewährleistung des Verbraucherschutzes*, *Forum Rechtswissenschaft, Beiträge zu neueren Entwicklungen in der Rechtswissenschaft*, Band 24, 1990.

internationalen Abkommen, bei denen die Mitgliedstaaten oder die Gemeinschaft Vertragspartei sind, von deren Rechtmäßigkeit ausgegangen werden soll. Damit gerät im Gegensatz zu P. Ulmer die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Kontrolle von IATA Bestimmungen nicht auf den Prüfstand<sup>24</sup>. Nur können die Mitgliedstaaten in internationalen Abkommen Schutzstandards beseitigen, die sie national gewähren<sup>25</sup>?

Art 2 (b) enthält eine Legaldefinition des Verbrauchers, die weitgehend mit der in dem Schuldrechtsübereinkommen gefundenen Formulierung übereinstimmt<sup>26</sup>, mit einer kleinen Abweichung. Das Übereinkommen erwähnt Verträge zur Finanzierung von Verbrauchergeschäften ausdrücklich. Art. 2 (c) definiert den Adressaten des Schutzes. Anders als das AGB-Gesetz geht Art. 2 (c) nicht vom „Kaufmann“ aus, so daß Freiberufler und Landwirte in die Richtlinie einbezogen sind<sup>27</sup>. Unter den Begriff der Gewerbetreibenden fällt auch die „gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des öffentlich-rechtlichen Bereichs“. Die Begründung betont die Notwendigkeit einer globalen Bewertung der Interessenlage auf der Basis von Treu und Glauben<sup>28</sup>. § 24 Nr. 2 des AGB-Gesetzes spricht demgegenüber von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen, auf die die §§ 2, 10 und 11 keine Anwendung finden sollen. Der Ansatzpunkt ist unterschiedlich: Das AGB-Gesetz knüpft an der Person an, die Richtlinie an dem Tätigkeitsfeld. Tendenziell ist der Anwendungsbereich der Richtlinie weiter. So würde etwa die kommunale Müllabfuhr unter die Richtlinie fallen<sup>29</sup>.

Art. 3 (1) definiert den Kontrollmaßstab in Form einer Generalklausel. Es ist rechtspolitisch bemerkenswert, daß die Mitgliedstaaten gerade über die Formulierung einer Generalklausel Einigkeit erzielen konnten. Die Diskussion der 70er und der 80er Jahre war beherrscht von Vorbehalten gegenüber einer Generalklausel<sup>30</sup>. Auch die Verbraucherseite erhoffte sich einen rechtspolitischen Fortschritt durch die Aufstellung von schwarzen Listen mit verbotenen Klauseln. Die Richtlinie hat von diesem Vorhaben in der geänderten Fassung Abstand genommen. Sie enthält nur noch eine beispielhafte Aufzählung

<sup>24</sup> Zu den möglichen Folgen für die gegenteilige BGH-Rechtsprechung, BGHZ 86, 284 ff. = NJW 1983, 1322 – IATA, Ulmer (Fn. 15) 344, Fn. 68.

<sup>25</sup> Hier zeigt sich die Verzahnung der Richtlinie mit dem Außenwirtschaftsrecht. Die Doktrin von den „implied powers“, EuGH Slg. 1971, 263 ff. – ERTA –, hat der Gemeinschaft die Möglichkeit eröffnet, Regelungen gegenstände im Außenwirtschaftsrecht an sich zu ziehen, die innerhalb der Gemeinschaft bereits europäisiert sind. Es erschiene paradox, wenn eben jene Kompetenzerweiterung im Außenverhältnis zu einer Veränderung des innerhalb der Gemeinschaft geltenden Rechts führen würde.

<sup>26</sup> Cf. Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. 6. 1980 (80/934/EWG), Abl. L 266, 1 ff.

<sup>27</sup> Cf. Heinrichs (Fn. 15) 1818, Fn. 14, und auch Frey (Fn. 15) 579 unter 2.3.

<sup>28</sup> Cf. Gemeinsamer Standpunkt (Fn. 12).

<sup>29</sup> Anders wohl Frey (Fn. 15) 575, ohne sich allerdings seiner Sache sicher zu sein.

<sup>30</sup> Aber immer engere Fassung; cf. Th. Wilhelmsson, The proposal for an Unfair Contracts Directive – a Nordic Perspective, ECLJ 1992, 77 ff.

von Klauseln, die den Mitgliedstaaten „Hinweise“ darauf geben kann, welche Klauseln als unangemessen zu beurteilen sind<sup>31</sup>. Es mag wohl angehen, daß die heterogene Zusammensetzung der Klauseln eine Einigung im Ministerrat erschwert hat<sup>32</sup>. So bildet die Generalklausel den kleinsten gemeinsamen Nenner. Art. 3 (1) stellt auf ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten ab. Eine Anlehnung an die Differenzierung in § 9 AGBG verbot sich von selbst, weil einige Mitgliedstaaten dispositives Recht, auf das Bezug zu nehmen gewesen wäre, gar nicht kennen. Umgekehrt wird aus den Erwägungsgründen deutlich, daß auch dispositive Gesetzesvorschriften als bindende Rechtsvorschriften im Sinne des § 1 Abs. 2 gelten sollen<sup>33</sup>. Die Richtlinie strebt keine Überprüfung des dispositiven Rechts selbst an<sup>34</sup>.

Gleichwohl ist die Formulierung nicht ohne Brisanz. Offensichtlich sind Mißverhältnisse vorstellbar, die sich rechtfertigen lassen. Sollte die Diskussion um das „Abkaufen“ der Gewährleistungsrechte wieder aufleben?<sup>35</sup> Art. 3 (2) enthält eine Legaldefinition der Klauseln, die von dem Anwendungsbereich der Richtlinie gedeckt sind. „Eine Vertragsklausel ist immer dann als nicht im einzelnen ausgehandelt zu betrachten, wenn sie im voraus abgefaßt wurde und der Verbraucher deshalb, insbesondere im Rahmen eines vorformulierten Standardvertrages, keinen Einfluß auf ihren Inhalt nehmen konnte“. Ersichtlich wählt die Richtlinie einen anderen Zugriff als das AGB-Gesetz. Der Kontrolle unterworfen sollen vorformulierte Vertragsklauseln und Standardverträge sein. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob die formulierten Klauseln oder Verträge für eine „Vielzahl“ vergleichbarer Konstellationen erarbeitet wurden<sup>36</sup>. Zwischen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne des AGB-Gesetzes und die Invidualvereinbarungen schiebt die Richtlinie eine dritte Kategorie, die „vorformulierte(n) Individualklauseln“ und den „vorformulierten Individualvertrag“<sup>37</sup>. Letztere unterliegen der Kontrolle des Art. 3 (1). Nur, wann liegt eine vorformulierte Individualklausel und ein vorformulierter Individualvertrag vor? Die Bedeutung einer AGB-Kontrolle statt einer

<sup>31</sup> Die noch im gemeinsamen Standpunkt enthaltene Formulierung „The Annex shall contain an indicative list of terms which may be regarded as unfair“ wurde in der Schlußberatung ersetzt durch „The Annex shall contain an indicative and non exhaustive list of terms which may be considered as unfair“, cf. Art 3(3) der englischen Fassung der Richtlinie OJ No. L 95, 21. 4. 1993, 31 auch *Ulmer* (Fn. 15) 338 Fn. 15, cf. auch *Frey* (Fn. 15) 572, Fn. 4.

<sup>32</sup> Cf. *Brandner/Ulmer* (Fn. 6) vermessen in der Erstfassung des Vorschlages ein Konzept. Die Einzelbetrachtung wird in der Tat zeigen, wie schwierig sich die Einpassung in die Klauselverbotskataloge gestaltet.

<sup>33</sup> Cf. (Fn. 14) „... der Begriff bindende Rechtsvorschriften umfaßt auch ... Regeln, die nach dem Gesetz zwischen den Vertragsparteien gelten, wenn nichts anderes vereinbart wurde“.

<sup>34</sup> Worauf insbesondere *Brandner* (Fn. 12) 1591 hingewiesen hat.

<sup>35</sup> Cf. *Frey* (Fn. 15) 574 spricht den Kontext zur ökonomischen Analyse des Rechts an.

<sup>36</sup> Insoweit besteht Einigkeit, *Hommelhoff/Wiedenmann* (Fn. 15) 566; *Frey* (Fn. 15) 575/576; vorsichtiger *Ulmer* (Fn. 15) 342; *Heinrichs* (Fn. 15) 1818.

<sup>37</sup> Deziert *Hommelhoff/Wiedenmann* (Fn. 15) 566.

Klauselkontrolle wird mit der kontroversen Auseinandersetzung um die 10-Jahresklausel in Versicherungsverträgen eindrucksvoll dokumentiert<sup>38</sup>. Die bisherigen Stellungnahmen lassen vermuten, daß es sich jedenfalls nicht um vorformulierte Individualklauseln handeln soll, obwohl die Richtlinie doch Anlaß böte, über die Definition der „Vorformulierung“ einerseits und des „individuellen Aushandelns andererseits“<sup>39</sup> neu nachzudenken<sup>40</sup>.

Größere Schwierigkeiten bahnen sich in der Auseinandersetzung um die mögliche Beibehaltung des Merkmals „stellen“ an. Ulmer<sup>41</sup> hält die AGB-Definition insoweit mit der Richtlinie für vereinbar, doch steht er mit seiner Auffassung bislang allein<sup>42</sup>. Sollte es auf „stellen“ nicht mehr ankommen, hätte die Kontrolle von vorformulierten Notarverträgen eine solide rechtliche Grundlage erhalten<sup>43</sup>. Art. 3 (2) verteilt die Beweislast im Sinne des deutschen Rechts. Der Verbraucher muß darlegen, daß es sich um einen Standardvertrag handelt<sup>44</sup>, der Gewerbetreibende, daß eine Klausel im Einzelnen ausgehandelt worden ist.

Konkretisiert wird das in Art. 3 (1) formulierte Gebot von Treu und Glauben mittels des Hinweises auf Art. 4 (1). Hier findet sich eine möglicherweise einschneidende Veränderung gegenüber § 9 AGBG hinsichtlich der Bestimmung des Kontrollmaßstabes. Nach Art. 4 (1) sollen bei der Prüfung der Mißbräuchlichkeit einer Klausel alle anderen Klauseln desselben Vertrages, von dem die Klausel abhängt, berücksichtigt werden. Die Interessenabwägung soll nicht einzelfallbezogen erfolgen, sondern vertragsbezogen<sup>45</sup>. Kompensationen ungünstiger durch günstige Klauseln soll möglich sein<sup>46</sup>. Insoweit mußte die deutsche Seite offensichtlich dem Druck der anderen Mitgliedstaaten weichen, die sich eine Kontrolle mißbräuchlicher Klauseln nur im Kontext des gesamten Vertrages denken können<sup>47</sup>. Echte Schwierigkeiten tauchen mit der Verpflichtung auf, „alle den Vertragsschluß begleitenden Umstände“ bei der Beurteilung der Mißbräuchlichkeit zu be-

<sup>38</sup> Cf. VSV – Info Ausgabe 4/92, 10-Jahres Klausel bei Versicherungsverträgen in 17 weiteren Fällen untersagt, 6ff.

<sup>39</sup> Cf. Frey (Fn. 15) 577, der auf Unstimmigkeiten in der Auslegung hinweist.

<sup>40</sup> Handelt es sich schon um eine Vorformulierung, wenn der Versicherungsvertreter dem Verbraucher nur zwei oder drei Variationsmöglichkeiten eröffnet, die aber noch nicht im Vertrag angekreuzt sind?

<sup>41</sup> Cf. (Fn. 15) 342.

<sup>42</sup> Cf. Die Kontroverse zwischen P. Ulmer, Zeitschrift für Verbraucherpolitik (ZVP) 1978, 248 ff. und N. Reich, ZVP 1978, 236 ff., scheint die Richtlinie 15 Jahre später im Sinne von N. Reich zu beantworten.

<sup>43</sup> Cf. Heinrichs (Fn. 15) 1819.

<sup>44</sup> Wobei nicht definiert wird, was Standardvertrag eigentlich meint.

<sup>45</sup> Cf. Umfassend Th. Becker, Die Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz, Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Band 46, 1986, 54 ff.

<sup>46</sup> Cf. Heinrichs (Fn. 15) 1820, sieht allerdings insoweit keine Schwierigkeiten, da auch nach dem AGB-Gesetz kaum anders verfahren werde.

<sup>47</sup> Anschaulich die rechtsvergleichenden Betrachtungen in den beiden Stellungnahmen des Beratenden Verbraucherausschusses, cf. (Fn. 2 und 3).

rücksichtigen. Hommelhoff/Wiedenmann<sup>48</sup> sehen in dem konkret-individuellen Kontrollmaßstab der Richtlinie im Unterschied zum abstrakt-generellen Maßstab des AGB-Gesetz eine Divergenz des Schutz- und Normzwecks, die sich im AGB-Gesetz selbst nicht beseitigen lasse. Ulmer<sup>49</sup> und Heinrichs<sup>50</sup> betonen die Notwendigkeit, zwischen Inhaltskontrolle und Umstandskontrolle aus rechtssystematischen Gründen deutlich zu trennen<sup>51</sup>. Die Richtlinie baut nicht wirklich auf der Unterscheidung der zulässigen Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen und der unzulässigen Kontrolle individuell ausgehandelte Verträge auf.

Art. 4 (2) verfolgt ein doppeltes Ziel: Einerseits grenzt er die Kontrolle des Preises und der Hauptleistung aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie aus, eine Klarstellung, auf der die deutsche Seite mit Nachdruck bestanden hat<sup>52</sup>. Die Probleme um die Abgrenzung des Preises von den Preisnebenabreden sind damit gleichwohl nicht gelöst<sup>53</sup>. Andererseits formuliert Art. 4 (2) ausdrücklich ein Transparenzgebot, wie es die Rechtsprechung aus § 9 AGBG entwickelt hat<sup>54</sup>. Einigkeit scheint darin zu bestehen, daß das AGB-Gesetz insoweit keiner Änderung bedarf<sup>55</sup>, weil die Rechtsprechung funktional an die Stelle eines kodifizierten Artikels treten könne<sup>56</sup>. Ungeachtet der Signalwirkung, die ein ausformuliertes Gebot entfalten könnte, stellt sich natürlich die Frage, inwieweit eine solche Betrachtung vor dem EG-Recht Stand hält<sup>57</sup>.

Art. 5 schreibt die seit der Neckermann-Entscheidung des BGH gebräuchliche Differenzierung in der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen fest<sup>58</sup>. Art. 6 (2) reformuliert den alten § 10 Nr. 8 für Verträge, die den Verbraucher dem Recht des EG-Auslandes unterwerfen wollen. Hier wird eine klare Differenzierung in den Grenzen des Geltungsbereichs des Römischen

<sup>48</sup> Cf. (Fn. 15) 568.

<sup>49</sup> Cf. (Fn. 15) 345/346.

<sup>50</sup> Cf. (Fn. 15) 1820.

<sup>51</sup> Sie sehen insbesondere die Schwierigkeiten der Abgrenzung vom Irrtumsrecht und von der culpa in contrahendo.

<sup>52</sup> Cf. *Brandner/Hensen* (Fn. 15) 704 und *Brandner* (Fn. 12) 1591 und die möglicherweise zu einer Reformulierung des alleits als mißglückt angesehenen § 8 AGBG Anlaß bietet.

<sup>53</sup> Cf. Die sich widersprechenden Entscheidungen des *BGH* 5. 6. 1984 (Fahrzeiten/Wegezeiten), BB 1984, 1321 ff. und *BGH* 19. 11. 1991 (Rohrreinigung), BB 1992, 228 ff.

<sup>54</sup> Cf. I. V. m. Art 5, cf. Erwägungsgrund Nr. 19 und die Versuche von *N. Reich*, die Bedeutung des neu formulierten Transparenzgebotes auszuloten; *derselbe*, Verbraucherschutzaspekte der AGB-Banken, überarbeitete Fassung eines Vortrages auf der Vortrags- und Diskussionsveranstaltung der Bankrechtlichen Vereinigung am 12. 3. 1993 in Frankfurt a. M. „Die neuen AGB-Banken“.

<sup>55</sup> Cf. *Ulmer* (Fn. 15) 344 und *Heinrichs* (Fn. 15) 1821.

<sup>56</sup> So *Ulmer* (Fn. 15) 339, der aber einräumt, daß es sich insoweit um „Neuland“ handele.

<sup>57</sup> Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs läßt Zweifel aufkommen, cf. *EuGH* Slg. 1991, 2567 = *EuZW* 1991, 440 Tz. 15 Kommission ./. Bundesrepublik Deutschland (Luftreinhaltung), auch wenn *Ulmer* (Fn. 15) zuzugeben ist, daß die Reichweite der Rechtsprechung im Zivilrecht erst noch ausgetestet werden müßte.

<sup>58</sup> Gemeint ist der Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung, *BGH*, *NJW* 1981, 867 ff., cf. zur unterschiedlichen Wortwahl kundenfeindlich und kundenunfreundlich, *F. Bultmann*, *Das Kleingedruckte*, 1993, Rn. 34.

Abkommens festgeschrieben. Demnach wären die EWR-Staaten als EG-Ausland zu behandeln<sup>59</sup>. Art. 7 wiederholt die schon aus der Richtlinie 84/450 bekannte Formulierung<sup>60</sup>. Die Gemeinschaft will nicht in die Art der Kontrolle eingreifen, die Mitgliedstaaten bleiben frei, ob sie die Kontrolle den Verwaltungsbehörden oder Verbraucherorganisationen anvertrauen, Hauptsache sie ist wirksam und angemessen. Die Verbandsklage, obwohl im Vormarsch, gehört nach wie vor nicht zu den gesicherten Instrumenten einer effektiven Kontrolle<sup>61</sup>. Doch stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber im Zuge der Überarbeitung des AGB-Gesetzes die Verbandsklage nicht für ausländische Organisationen öffnen muß, um eine grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung zu erleichtern<sup>62</sup>. Völlig ungeklärt sind die Konsequenzen, die sich aus der Einbeziehung der vorformulierten Individualklauseln und vorformulierten Individualverträgen in den Anwendungsbereich der Richtlinie für die Kontrolle nach Art. 7 ergeben. In der Literatur scheint Einigkeit darüber zu bestehen, daß Art. 7 sich nur auf vorformulierte Standardverträge bezieht<sup>63</sup>. Dann ergäbe sich ein unterschiedlicher Kontrollmaßstab, je nachdem, ob es sich um eine vorformulierte Individualklausel/einen vorformulierten Individualvertrag oder um einen vorformulierten Standardvertrag handelt<sup>64</sup>. Nur, ist ein solcher Rechtsschutz noch „angemessen und wirksam“? Art. 8 stellt den Minimalcharakter der Richtlinie fest, Art. 9 verpflichtet die Kommission, bis zum 31. 12. 1999 einen Bericht über die Anwendung der Richtlinie vorzulegen.

### III. Der Anhang – Klauseln gemäß Art. 3 Absatz 3

Die schwarze Liste ist nicht Bestandteil der Richtlinie, sie ist nur als Hinweis gedacht. „Das eröffnet den Gesetzgebern der Mitgliedstaaten einen der jeweiligen Rechtstradition und praktischen Bedürfnislage entsprechenden Gestaltungsspielraum“<sup>65</sup>. Doch stellt sich die Frage, ob nicht den genannten

<sup>59</sup> Mit „Drittland“ ist ein Nicht-EG Mitgliedsstaat gemeint, cf. aber *Ulmer* (Fn. 15) 346.

<sup>60</sup> Cf. Richtlinie des Rates vom 10. 9. 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, Abl. L 250, 17 ff.

<sup>61</sup> Dementsprechend kann auch nicht als gesichert angesehen werden, ob die Verbandsklage Bestandteil des „*aquis communautaire*“ ist, cf. *N. Reich*, Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung, dargestellt am deutschen, französischen und englischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des EG-Rechts, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 56 (1992), 444 ff.

<sup>62</sup> Cf. Neben *Reich* (Fn. 61) 499 ff. der diese Verpflichtung aus dem primären Gemeinschaftsrecht ableitet, auch *Frey* (Fn. 15) 579, aber ohne Begründung.

<sup>63</sup> Art. 7 (2) beziehe sich nur auf Vertragsklauseln, die „im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefaßt worden“ seien, dezidiert *Ulmer* (Fn. 15) 342, Fn. 59.

<sup>64</sup> Cf. *Hommelhoff/Wiedemann* (Fn. 15) 568 Fn. 59: Abstrakt-generell im Rahmen der Verbandsklage, konkret-individuell in vorformulierten und einzeln ausgehandelten Klauseln und Verträgen.

<sup>65</sup> Cf. *Brandner* (Fn. 12) 1591.



Klauseln die Vermutung der Mißbräuchlichkeit inhärent ist, der Spielraum des Gesetzgebers also kleiner ist, als es vom Wortlaut her den Anschein hat<sup>66</sup>.

Ziffer 1 a) korrespondiert mit § 11 Nr. 7 bei zwei Unterschieden: Ziffer 1 a) kennt keine Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, umfaßt aber nur den Gesundheitsschutz. Heinrichs<sup>67</sup> plädiert insoweit für eine Änderung des AGB-Gesetzes.

Ziffer 1 b) deckt den Inhalt der § 11 Nr. 3 (Aufrechnungsverbot), Nr. 10 (mangelhafte Erfüllung) und Nr. 8 ab (ganz oder teilweise Nichterfüllung). Dabei besteht aber keine Kongruenz. Ziffer 1 b) spricht von einer „etwaigen Forderung“, § 11 Nr. 3 von einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung, § 11 Nr. 10 setzt bei den gesetzlichen Gewährleistungsrechten an, Ziffer 1 a) bei der mangelhaften Erfüllung, § 11 Nr. 8 bei den Rechten, Ziffer 1 a) bei der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung. Hier wird eine Regelungstechnik deutlich, die sich an den Problemen orientiert und in Ziffer 1 b) zu einer sachgemäßerer Lösung führt als § 11 Nr. 3<sup>68</sup>.

Ziffer 1 c) (Bedingungsverbot) findet sich so nicht im AGBG. Einen Teilaspekt regelt § 10 Nr. 1 AGBG<sup>69</sup>.

Ziffer 1 d) behandelt die Vorauszahlung des Verbrauchers vor dem Vertrags-schluß, eine dem deutschen Recht so nicht bekannte Konstellation. Diese soll möglich sein, sofern nur der Gewerbetreibende für den Fall Vorkehrung trifft, daß der Verbraucher darauf verzichtet, den Vertrag abzuschließen oder zu erfüllen<sup>70</sup>.

Ziffer 1 e) verknüpft den Sinngehalt der § 10 Nr. 7 und § 11 Nr. 5.

Ziffer 1 f) deckt sich mit § 10 Nr. 3, allerdings ohne die dem deutschen Recht zu entnehmende Beschränkung auf Dauerschuldverhältnisse.

Ziffer 1 g) formuliert ein Verbot der Kündigung unbefristeter Verträge ohne eine angemessene Kündigungsfrist. Das AGB-Gesetz kann die Problematik nur über § 9 bewältigen. Die revidierten Bankenbedingungen entsprechen Ziffer 1 g)<sup>71</sup>. Frey schlägt vor, Ziffer 1 g) an die Stelle von § 10 Nr. 3 Halbs. 2 AGBG zu setzen.

Ziffer 1 h) regelt die Verlängerungsklausel in Dauerschuldverhältnissen, eine Fragestellung, die das AGB-Gesetz in § 11 Nr. 12 und § 9 bewältigt. Anders als § 11 Nr. 12 setzt Ziffer 1 h) keinen konkreten Zeitpunkt, sondern

<sup>66</sup> Genau das „befürchtet“ Frey (Fn. 15) 579: „Dies wird den EuGH vermutlich nicht daran hindern, den Inhalt vieler dieser Klauselverbote aus der Generalklausel abzuleiten.“ Frey (Fn. 15) ist im übrigen bislang der einzige Autor, der sich dem Katalog zuwendet, cf. aber auch Heinrichs (Fn. 15) 1821.

<sup>67</sup> Cf. (Fn. 15) 1821.

<sup>68</sup> Cf. Heinrichs (Fn. 15) 1821–1822.

<sup>69</sup> Beispiele aus der Praxis finden sich bei F.A. Bultmann, Handbuch des Verbraucherrechts, Rn. 57.

<sup>70</sup> Cf. Zur Vorauszahlungsproblematik BGH, NJW 1987, 1931 ff.

<sup>71</sup> Cf. Metz, Das Verbraucherkreditgesetz in der Praxis, Verbraucher und Recht 1992, 337 ff.

spricht nur vom „ungebührlich weit entfernt vom Datum des Vertragsschlusses liegenden Ablaufzeitpunkt“.

Ziffer 1 i) formuliert das Verbot einer unwiderleglichen Zustimmung des Verbrauchers zum Vertrag. Dieser Sachverhalt ist im AGB-Gesetz mit den §§ 2, 3, und § 10 Nr. 5 umschrieben.

Ziffer 1 j) zielt auf § 10 Nr. 4. Die Reichweite ist noch nicht ausgetestet, wie das Beispiel der Banken-AGB zeigt. Hier vermuten die Banken ein Einverständnis, wenn der Verbraucher nicht innerhalb von vier Wochen widerspricht.

Ziffer 1 k) deckt ebenfalls § 10 Nr. 4 ab, allerdings muß eine Interessenabwägung vorgenommen werden und ein triftiger Grund vorliegen.

Ziffer 1 l) ist im AGB-Gesetz nicht geregelt, jedenfalls nicht jenseits von § 11 Nr. 1. Es geht um die Reichweite eines Rücktrittsrechts nach Ablauf der 4 Monatsfrist, eine Problematik, die in den Mercedesfällen umstritten war<sup>72</sup>.

Ziffer 1 m) behandelt eine im AGB-Gesetz nur gestreifte Problematik. Die Auslegung regelt § 5. § 11 Nr. 10 ist einschlägig, weil der Gewerbetreibende sich nicht von einer einmal gegebenen Zusicherung einseitig lösen kann. Problematisch ist die Zulässigkeit die Leistung im billigen Ermessen festzulegen. Die Anwendbarkeit des § 9 AGBG auf § 315 BGB ist nicht geklärt<sup>73</sup>.

Ziffer 1 n) ist etwas mißverständlich gefaßt. Offensichtlich geht es um die Problematik, inwieweit der Gewerbetreibende Risiken, die er selbst eingegangen ist, auf den Verbraucher abwälzen kann. Dann kämen im AGBG die § 11 Nr. 8 und § 11 Nr. 16 zum Tragen.

Ziffer 1 o) regelt die Vorleistungspflicht des Verbrauchers. Das AGB-Gesetz greift auf die Problematik mit den § 11 Nr. 10 d), § 11 Nr. 2 a), und § 9 in Verbindung mit § 271 BGB (Leistungszeit) zu.

Ziffer 1 p) korrespondiert weitgehend mit § 11 Nr. 13, jedoch verbietet letzterer die Auswechslung des Vertragspartners nach Vertragsschluß, es sei denn im Vertrag selbst ist bereits der notwendige Hinweis enthalten. § 11 Nr. 13 liefert ein wichtiges Argument, die AGB bei Vertragsschluß durchzulesen. Ziffer 1 p) gestattet die Auswechslung des Vertragspartners, soweit dadurch die Sicherheiten nicht verringert werden, was das auch immer heißen mag.

Ziffer 1 q) regelt den Zugang zum Recht, entspricht weitgehend § 11 Nr. 10 a) und hinsichtlich der nachteiligen Gestaltung der Beweislast § 11 Nr. 15.

Ziffer 2 beschäftigt sich mit der Tragweite der Ziffern 1 g) - Kündigung -, 1 j) - Leistungsänderung - und 1 l) - Preiserhöhung - im Bereich der Finanzdienstleistungen. Offensichtlich geht es um den Schutz des Finanzdienst-

---

<sup>72</sup> Cf. BGH, NJW 1981, 979 ff.; BGH, NJW 1982, 331 ff.; BGH, NJW 1984, 1177 ff.; Frey (Fn. 15) 580 weist auf die Notwendigkeit einer Diskussion hin.

<sup>73</sup> Cf. BGH, NJW 1986, 1803; BGH, NJW 1992, 1751 und Reich (Fn. 54).

leistungsgewerbes. Ziffer 1 g) verbietet die Kündigung eines unbefristeten Vertrages ohne angemessene Fristsetzung. Ziffer 1 a) gestattet die einseitige Kündigung ohne eine angemessene Frist, sofern nur ein triftiger Grund vorliegt. Da auch Ziffer 1 g) eine fristlose Kündigung erlaubt – beim Vorliegen schwerwiegender Gründe, ist der Bedeutungsgehalt der Ausnahmeregelung unklar. Soll zwischen „schwerwiegenden Gründen“ und „triftigen Gründen“ differenziert werden? Ziffer 2 b) legalisiert eine Leistungsänderung, sofern nur der Verbraucher rechtzeitig unterrichtet wird. Eine Konsequenz, die im Bereich der Finanzdienstleistung wohl in Ordnung gehen dürfte, jedenfalls soweit die Banken eine Zinserhöhung weitergeben. Darüberhinausgehend stellt sich die Frage, ob nicht Ziffer 2 b) den „acquis“ des deutschen Rechts gefährdet. Noch problematischer wird es mit der Weitergabe von Gebühren, auch wenn die Erhöhung begründet werden muß. Unklar ist der zweite Absatz von Ziffer 2 b), der faktisch Ziffer 1 j) seines Sinnes behebt und eine einseitige Leistungsänderung gestattet, sofern das Finanzdienstleistungsgewerbe nur den Verbraucher unterrichtet. Die Ziffer 2 c) und d) wälzen das Risiko von Kursschwankungen auf den Kunden ab, bzw. erlauben Preisindexierungsklauseln (etwa bei der Staffelmiete).

#### IV. Offene Fragen bei der Umsetzung der Richtlinie

Die Richtlinie stößt in der Bundesrepublik Deutschland auf eine durchgebildete Dogmatik und eine komplexe rechtstheoretische Diskussion um die Stellung und Bedeutung des Sonderprivatrechts<sup>74</sup>. Schon die ersten Äußerungen in der Literatur lassen eine kontroverse Diskussion über Ziele und Inhalt eines Transformationsgesetzes erwarten. Vier Themenkreise dürften im Vordergrund stehen:

(1) Integration in das AGB-Gesetz oder Sondergesetzgebung; Ganz oben an steht die Frage, ob die Richtlinie in das AGB-Gesetz integriert werden

---

<sup>74</sup> Die Diskussion um das Für und Wider füllt Bände. Letztendlich geht es um die Wiederaufnahme einer Diskussion, die Ende der 70er Jahre in Gang gekommen ist. Für ein Sonderprivatrecht: N. Reich, *Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaft und Verbraucherschutz*, Zeitschrift für Rechtspolitik 1974, 187 ff.; D. Hart/Ch. Joerges, *Verbraucherschutz und Marktökonomik: Eine Kritik ordnungstheoretischer Eingrenzungen der Verbraucherpolitik* in: H.-D. Assmann/G. Brüggemeier/D. Hart/Ch. Joerges (Hg.), *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts. Beiträge zur Privat- und Wirtschaftsrechtstheorie*; Ch. Joerges, *Verbraucherschutz als Rechtsproblem*, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Heft 51, 1981; dagegen, M. Lieb, *Grundfragen einer Schuldrechtsreform*, AcP 183 (1983), 327 ff.; derselbe, *Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen?*, AcP 178 (1978), 196 ff.; Dauner-Lieb, *Verbraucherschutzrecht durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher*, 1983; H.-P. Westermann, *Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht*, AcP 178 (1978), 150 ff.; derselbe, *Verbraucherschutz*, in: Bundesminister der Justiz (Hg.), *Gutachten und Vorschläge zur Bearbeitung des Schuldrechts*, Band III, S. 97 ff. Ein systematischer Überblick über den Gegenstand des Verbraucherrechts findet sich bei Hippel (Fn. 1); N. Reich/H.-W. Micklitz, *Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, 1980.

kann und soll, oder ob es eines Sondergesetzes in Form einer Parallelregelung bedarf. Dabei geht es um mehr, als nur um eine rechtstechnisch richtige Umsetzung. Die bisherigen Transformationsgesetze betrafen Randbereiche des Zivilrechts. Mit der Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln greift die Gemeinschaft erstmalig in den Kernbereich des Zivilrechts ein. Hommelhoff folgend ließe sich so die Frage stellen, ob es nicht eines umfassenden Verbrauchergesetzes bedarf, das die verschiedenen Sondergesetze unter einer einheitlichen Konzeption des Verbraucherschutzes zusammenführt. Am weitesten gediehen sind die theoretischen und rechtspolitischen Überlegungen in Frankreich, wo eine vom Ministerium eingesetzte Reformkommission ein umfassendes Verbrauchergesetz ausgearbeitet hat<sup>75</sup>. Dagegen stehen gewichtige Argumente, die für eine Einheit des Privatrechts sprechen<sup>76</sup>. Gerade das AGB-Gesetz kann als Beleg dafür dienen, wie der durch die Rechtsprechung betriebene Verbraucherschutz Rückwirkungen auf das Zivilrecht entfaltet<sup>77</sup>.

- (2) Konkretisierung des von der Richtlinie vorgegebenen Änderungsbedarfs: Die Notwendigkeit einer Anpassung ist allgemein konsentiert, auch wenn über den genauen Umfang kontrovers diskutiert wird. Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie deckt sich nicht mit dem AGB-Gesetz. Vorformulierte Individualklauseln und vorformulierte Individualverträge müssen der Kontrolle unterworfen werden. Der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie ist weiter als der des AGB-Gesetzes, sieht man von der Beschränkung auf Verbraucherverträge ab. An die Stelle des Kaufmanns im AGB-Gesetz tritt der Gewerbetreibende, der definitiv die freien Berufe und die Landwirte mitumfaßt. Das gewerbliche und berufliche Tätigkeitsfeld des öffentlich-rechtlichen Bereichs soll der AGB-Kontrolle unterworfen werden, jenseits der Grenzen des § 24 ABGB. Materiellrechtlich verlangt Art. 3 Richtlinie eine Korrektur der Generalklausel des § 9 ABGB. Gleichfalls dürfte eine ausdrückliche Verankerung des Transparenzprinzips erforderlich werden. Prozessual ist die Öffnung der Verbandsklage für ausländische Verbraucherorganisationen vorzusehen.
- (3) AGB-Recht und Europarecht: Der Gesetzgeber muß bei der Transformation der Richtlinie in nationales Recht die Anforderungen beachten, die vom Europäischen Gerichtshof auf der Grundlage von Art. 189 EWGV

<sup>75</sup> Cf. J. Calais-Auloy, Propositions pour un nouveau droit de la consommation, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministère de l'Économie, des Finances et du Budget chargé du Budget et de la consommation, La documentation française, 1985.

<sup>76</sup> Zuletzt im engeren Kontext *Canaris* (Fn. 6).

<sup>77</sup> Hierher gehört die Tendenz in der Rechtsprechung, die Klauselverbotskataloge über den § 9 auf Geschäfte zwischen Kaufleuten anzuwenden, cf. Hommelhoff/Wiedemann (Fn. 15); cf. H.-W. Micklitz, La Loi Allemande Relative au Régime des Conditions Générales des Contrats du 9 Décembre 1976 – un Résumé après 11 Ans, *Revue internationale du droit comparé*, 1989, 101 ff.

definiert worden sind. Sollte die Umsetzung nicht in einem Sondergesetz vonstatten gehen, sondern eine Integration der Richtlinie in das AGB-Gesetz angestrebt werden, ist zu klären, inwieweit der Gesetzgeber auf Richterrecht verweisen kann. Darüberhinaus wirft die Richtlinie eine Vielzahl unbeantworteter Fragen auf, die sämtlich durch den Europäischen Gerichtshof entschieden werden können: nach der Rechtsnatur der Hinweisklausel<sup>78</sup>, der Stellung der Ausnahmereiche<sup>79</sup>, den Folgen des Transparenzgebotes<sup>80</sup>, der Unklarheit bei Rechtsverletzungen nach Art. 7<sup>81</sup>, dem Verhältnis von teilweiser Harmonisierung und Minimalerschutz<sup>82</sup>. Tatsache ist, das nationale Zivilrecht wird mit der Verabschiedung der Richtlinie europäisiert. Tatsache ist auch, daß nach der Lage der Dinge dem Europäischen Gerichtshof völlig neue Aufgaben zu wachsen werden. Die eine Frage ist, mit welchen Auslegungsmethoden er die unbestimmten Rechtsbegriffe der Richtlinie konkretisieren wird. Die Rechtsvergleichung könnte bei der prinzipiell vertragsautonomen Auslegung noch größere Bedeutung gewinnen als bisher<sup>83</sup>. Aber kann der Europäische Gerichtshof den Aufgabenzuwachs bewältigen? Ist er legitimiert<sup>84</sup>, ein europäisches Zivilrecht zu entwickeln, das in wesentlichen Teilen Verbraucherrecht ist, aber auf das ganze Zivilrecht zurückwirkt? Oder braucht es nicht ein „Gemeinschaftsprivatrecht“<sup>85</sup> mit oder neben einem „europäischen Verbraucherrecht“<sup>86</sup>, das auch die Frage nach dem Verhältnis der nationalen Gerichte zu dem Europäischen Gerichtshof mitthematisiert?

- (4) Eine Reform des AGB-Rechts jenseits der Richtlinie? Die Richtlinie läßt den Mitgliedstaaten Spielraum zur Verabschiedung eines umfangreicheren Schutzes. Auch wenn unisono einer Minimalreform das Wort geredet wird, so sei doch darauf verwiesen, daß der prozessuale Teil des AGB-Ge-

<sup>78</sup> Welche Rechtswirkungen hat Art. 3 (3)?

<sup>79</sup> Letztlich entscheidet die Interpretation des *EuGH* über den Begriff des Gewerbetreibenden.

<sup>80</sup> Bedarf es einer ausdrücklichen Festschreibung, oder genügt der Hinweis auf die Rechtsprechung des *BGH*?

<sup>81</sup> Welche Änderungen des Verbandsklageverfahrens erzwingt schon das primäre Gemeinschaftsrecht?

<sup>82</sup> Was heißt Minimalharmonisierung im Gegensatz zu einer vollständigen Harmonisierung nun wirklich?

<sup>83</sup> Nicht nachvollziehbar ist mir der Hinweis bei *Hommelhoff/Wiedenmann* (Fn. 15) 562, Fn. 2, daß die Mitgliedstaaten Informationen über den Stand der Rechtsentwicklung zurückgehalten hätten. Tatsächlich gibt es doch kaum ein Rechtsgebiet, in dem derart umfangliche rechtsvergleichende Untersuchungen angestellt worden sind.

<sup>84</sup> Cf. *G. Brüggemeier/Ch. Joerges*, Europäisierung des Vertrags- und Haftungsrechts, Beitrag zur Tagung „Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft“ des Arbeitskreises Europäische Integration vom 2.-4. April 1992, wird erscheinen in: *Ch. Müller-Graff* (Hg.), Tagungsband.

<sup>85</sup> Der Ausdruck stammt von *Ch. Müller-Graff*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, *NJW* 1993, 13 ff.

<sup>86</sup> Bislang besteht europäisches Zivilrecht wesentlich aus europäischem Verbraucherschutzrecht, so *Hommelhoff*, *Zivilrecht*, (Fn. 19) 80 ff.; zu einer Gesamtkonzeption des Europäischen Verbraucherschutzrechts, so *N. Reich*, *Europäisches Verbraucherschutzrecht*, 1993.

setzes Anlaß zum Überdenken bietet. Es fehlt an verfahrensrechtlichen Möglichkeiten des schnellen Zugriffs und an einem Ausbau der „Nachmarkt-Kontrollmechanismen“. Es reicht nicht, kundenfreundliche Urteile zu erstreiten. Es muß sichergestellt werden können, daß die Urteile umgesetzt werden.

Eines steht fest: Der Rat hat mit Verabschiedung der Richtlinie, so bescheiden sie auch sein mag, eine Lawine losgetreten. Manche mögen befürchten, daß sie die Einheit des Privatrechts unter sich begraben wird. So oder so ist die Rechtspolitik gefordert, und die Rechtswissenschaft steht vor eine neuen-alten Herausforderung, der Europäisierung des Zivilrechts.

---

### aufgespießt

---

„Diese, aus der Eigentümlichkeit ihres Gegenstandes für die Wissenschaft hervorgehende Gefahr, hat die Wissenschaft schon öfter verleitet, über das vergangene Recht das der Gegenwart völlig zu vergessen, stolz das gegenwärtige Recht dem verachteten Handwerk der Praktiker zu überlassen. Es ist zu verführerisch, ein Feld anzubauen, wo die große Masse nicht nachfolgen kann; wo der Glanz der Gelehrsamkeit am stärksten leuchtet; wo man sicher ist, daß auch die verkehrtesten Resultate von dem gesunden Menschenverstand nicht widerlegt werden können“

Julius von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, Nachdruck 1966, S. 17.