

Missbräuchliche Klauseln – Entwicklungen unter dem Einfluss der europäischen Gesetzgebung zur Digitalisierung*

Reiner Schulze

Zusammenfassung: Innerhalb weniger Jahre haben sich Bestimmungen über Inhalt, Zugänglichkeit und Verständlichkeit von Vertragsklauseln, die eine Partei einseitig festgelegt und/oder die zur vielfachen Verwendung vorgesehen sind, auf europäischer Ebene weit über das Verbraucherrecht hinaus ausgedehnt. Insbesondere ist eine derartige Kontrolle von Vertragsklauseln nunmehr für große Bereiche des Wirtschaftsrechts vorgesehen, die für die Entwicklung des Digitalen Binnenmarktes und der Digital- und Datenwirtschaft relevant sind. Dieses neue europäische Recht der Klauselkontrolle ist zudem nicht mehr in umsetzungsbedürftige Richtlinien gefasst, sondern in überwiegend unmittelbar anwendbares europäisches Einheitsrecht. Eine seiner wichtigen übergreifenden Funktionen besteht darin, einen Ausgleich zu schaffen für die Asymmetrie der Transaktionskosten, die bei der Verwendung von standardisierten Vertragsbestimmungen durch eine Partei zulasten der anderen – unabhängig von Rollenzuweisung wie Unternehmer, Kleinunternehmer oder Verbraucher – entstehen kann. In Hinblick auf die kohärente Anwendung und Fortentwicklung des europäischen Klauselrechts stellt sich die Aufgabe, die Voraussetzungen, Maßstäbe und rechtlichen Folgen der Kontrolle von Vertragsklauseln in den einzelnen Rechtsakten zu vergleichen und Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Begrifflichkeit sowie der zugrunde liegenden Prinzipien und Wertungen herauszuarbeiten.

Schlüsselwörter: Klauselkontrolle, Missbräuchliche Klauseln, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Digitaler Binnenmarkt, Online-Vermittlungsdienste, Digitalwirtschaft, Datenzugang

Resumen: En tan solo unos años, las disposiciones sobre el contenido, la accesibilidad y la comprensibilidad de las cláusulas contractuales establecidas

* Der Beitrag gibt den Vortrag auf der Tagung vom 24./26. Oktober 2024, aus der dieser Band hervorgegangen ist, im Wesentlichen unverändert wieder.

unilateralmente por una de las partes y/o previstas para utilizarse de forma generalizada se han ampliado a escala europea mucho más allá del ámbito del Derecho de los consumidores. En particular, ahora se prevé un control de este tipo de cláusulas contractuales en importantes ámbitos del Derecho empresarial que son relevantes para el desarrollo del mercado único digital y de la economía digital y de datos. Además, este nuevo Derecho europeo de control de cláusulas ya no se recoge en directivas que deben transponerse, sino en Derecho uniformemente aplicable en toda Europa. Una de las funciones generales más importantes es compensar la asimetría de los costes de transacción que puede surgir cuando una parte utiliza cláusulas contractuales estandarizadas en detrimento de la otra, independientemente de la distribución de roles, como empresario, pequeño empresario o consumidor. Con vistas a la aplicación coherente y el desarrollo ulterior del Derecho europeo en materia de cláusulas, se plantea la tarea de comparar los requisitos, los criterios y las consecuencias jurídicas del control de las cláusulas contractuales en los distintos actos legislativos y de determinar las similitudes y diferencias en la terminología, así como en los principios y valoraciones subyacentes.

Palabras clave: control de cláusulas, cláusulas abusivas, condiciones generales de la contratación, mercado único digital, servicios de intermediación en línea, economía digital, acceso a los datos

A. Einleitung

Seit 30 Jahren gelten für Verträge zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibenden die Bestimmungen der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.¹ Im Rahmen des europäischen Rechts wurde damit die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln zu einem zentralen Gegenstand des Verbraucherrechts, und die Klauselkontrolle schien im Wesentlichen ein Thema des Verbraucherschutzes zu sein. Was damals noch kaum absehbar war, hat jedoch inzwischen die Rolle der Klauselkontrolle im europäischen Recht tiefgreifend verändert: Die Digitalisierung hat zu weit-

1 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. L 95 S. 29) – Nach Art.10 dieser Richtlinie sollten die Mitgliedstaaten die Umsetzungsbestimmungen bis zum 31. Dezember 1994 erlassen und sollen diese Vorschriften für alle Verträge gelten, die nach dem 31. Dezember 1994 abgeschlossen werden.

reichenden Veränderungen in der Vertragspraxis und zu entsprechenden neuen Herausforderungen für die Gesetzgebung geführt. In diesem Rahmen ist auch die Bedeutung der Klauselkontrolle gewachsen. Angesichts neuer regulatorischer Herausforderungen, die weit über das Verbraucherrecht hinausgreifen, hat die Klauselkontrolle während der letzten Jahre die einstige Begrenzung auf das Verbraucherrecht weit hinter sich gelassen und sich auf ein breites Spektrum vertraglicher Beziehungen auch zwischen Unternehmen ausgedehnt.

Maßgebliche Schritte auf diesem Weg waren mehrere Rechtsakte, die die Europäische Union in rascher Abfolge erlassen hat und die in jeweils unterschiedlicher Weise Vorschriften über Klauselkontrolle und Allgemeine Geschäftsbedingungen enthalten – von der Verordnung über Online-Vermittlungsdienste² über den Digital Market Act³ (DMA) und den Digital Services Act⁴ (DSA) bis jüngst hin zum Data Act⁵ (DA). Rechtsprechung und Rechtslehre werden sich insofern künftig mit der Klauselkontrolle auf europäischer Ebene nicht mehr allein und nicht einmal primär in Bezug auf das Verbraucherrecht befassen können, sondern sie als ein übergreifend verwandtes Regelungsinstrument des Europäischen Vertragsrechts auch für eine Reihe anderer Gebiete berücksichtigen müssen.

Im Folgenden kann diese weitreichende Fortentwicklung nicht im Einzelnen dargestellt und analysiert werden. Vielmehr ist lediglich auf einige Anhaltspunkte und Anregungen für eine künftige vertiefte Zuwendung zur Klauselkontrolle auf den neuen Feldern, die bislang weniger Beachtung als die verbraucherrechtliche Klausel-Richtlinie erhalten haben, hinzuweisen, indem kurz einige Regelungsgegenstände, Funktionen und Maßstäbe um-

-
- 2 Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (ABl. L 186 S. 57).
 - 3 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreithare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte) (ABl. L 265 S. 1).
 - 4 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste) (ABl. L 277 S. 1).
 - 5 Verordnung (EU) 2023/2854 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2023 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie (EU) 2020/1828 (Datenverordnung) (ABl. L 2023/2854 S. 1).

rissen und Konsequenzen der Zuordnung zum Europäischen Einheitsrecht angesprochen werden.

B. Regelungsgegenstände

I. Zahlungsverzug

Im Überblick über die Gebiete, für die die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln nach europäischem Recht vorgesehen ist, ist das Verbraucherrecht – einst *sedes materiae* – nur noch ein Teilbereich unter vielen. Zur ersten markanten Ausweitung, die die Begrenzung auf das Verbraucherrecht sprengte, führte die Zahlungsverzugs-Richtlinie von 2011.⁶ Wie schon ihr Titel erkennen lässt, betrifft sie die Bekämpfung von Zahlungsverzug „im Geschäftsverkehr“. Art. 2 Nr. 1 Zahlungsverzugs-RL konkretisiert, dass „Geschäftsverkehr“ Geschäftsvorgänge zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen meint. Einen Maßstab für die Kontrolle von Vertragsklauseln enthält Art. 7 Zahlungsverzugs-RL. Klauseln in Hinblick auf Zahlungstermine, Zahlungsfristen, Verzugszinsen und Betreuungskosten dürfen danach nicht „für den Gläubiger grob nachteilig“ sein; andernfalls sind sie (je nach Festlegung durch die Mitgliedstaaten) entweder nicht durchsetzbar oder begründen einen Schadensersatzanspruch.

II. Online-Vermittlungsdienste

Einige Jahre später hat eine erheblich weiterreichende Ausdehnung der Klauselkontrolle auf Materien außerhalb des Verbraucherschutzes eingesetzt. Dieser dynamischen Entwicklung lag in erster Linie das Bemühen der Europäischen Union zugrunde, rechtliche Antworten auf die Veränderungen in Wirtschaft und Kommunikation durch die Digitalisierung zu finden.⁷ Einen der ersten Ausgangspunkte dafür bildete die „Digitale Bin-

6 Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. L 48 S. 1).

7 Daneben trugen zur Ausweitung der Klauselkontrolle auch neue Bestimmungen für den unternehmerischen Verkehr in bestimmten Lieferketten in der Richtlinie 2019/633 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette (Abl. L III S. 59) bei.

nenmarktstrategie“ der Europäischen Kommission von 2015.⁸ Ihr folgten vier Jahre später nicht nur drei bedeutende Rechtsakte zur Anpassung des Verbraucherrechts an diese Veränderungen (die Digitale-Inhalte-Richtlinie⁹, die Warenkaufrichtlinie¹⁰ und die „Modernisierungs“-Richtlinie¹¹), sondern auch ein wichtiger Rechtsakt für einen zentralen Bereich des unternehmerischen Verkehrs im digitalen Zeitalter: Die Verordnung über Online-Vermittlungsdienste wandte sich den rechtlichen Beziehungen zwischen Online-Vermittlungsdiensten und Online-Suchmaschinen einerseits und gewerblichen Nutzern und Nutzern mit Unternehmens-Website andererseits zu.

Den Gegenstand dieses Rechtsakts bilden hingegen nicht Verbraucherträge – weder die Verträge von Verbrauchern mit Internet-Plattformen noch die über die geschlossenen Verträge von Verbrauchern mit Anbietern von Waren und Dienstleistungen. Er enthält daher auch keine Antwort auf die Frage nach einer Haftung der Plattformbetreiber gegenüber Verbrauchern, wenn die Plattform beim Abschluss und der Durchführung des Vertrags zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern eine beherrschende Rolle eingenommen hat.¹² Vielmehr richten sich seine Bestimmungen spezifisch auf Rechtsbeziehungen, in denen sich auf beiden Seiten Unternehmen gegenüberstehen.

8 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, vom 6. Mai 2015 (COM(2015) 192 final).

9 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (ABl. L 136 S. 1).

10 Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG (ABl. L 136 S. 28).

11 Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union (ABl. L 328 S. 7).

12 S. dazu European Law Institute (ELI), Model Rules on Internet Platforms, 2019, abrufbar unter: <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/eli-model-rules-on-online-platforms/> (zuletzt aufgerufen am 04.06.2025); H. Schulte-Nölke, Plattformverträge und Vertrauensschutz, in: U. Blaurock/F. Maultzsch (Hrsg.), Vertrauensschutz im digitalen Zeitalter, Baden-Baden 2020, S. 167 (203 f.).

Für Allgemeine Geschäftsbedingungen (in der englischen Bezeichnung: „terms and conditions“), die ein Online-Vermittlungsdienst in diesen B-B-Beziehungen verwendet, enthält diese Verordnung Kontrollmaßstäbe in Hinblick auf Transparenz, Zugänglichkeit und Inhalt in großer Breite und Tiefe (unter Einschluss zum Beispiel der Vertragsbestimmungen über das Ranking, die differenzierte Behandlung, den Datenzugang und anderes mehr; Art. 5 ff. VO über Online-Vermittlungsdienste). Was als „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ diesen Maßstäben unterliegt, definiert Art. 2 Nr. 11 VO über Online-Vermittlungsdienste. Maßgebliches Kennzeichen ist danach, dass die betreffenden Vertragsbestimmungen einseitig vom Anbieter der Online-Vermittlungsdienste festgelegt werden. Diese einseitige Festlegung ist auf der Grundlage einer Gesamtbewertung festzustellen, für die bemerkenswerterweise in Form einer negativen Beschreibung festgelegt ist, welche Umstände für sich genommen nicht entscheidend sein sollen (nämlich u.a. die relative Größe der betroffenen Parteien und die Tatsache, dass Verhandlungen stattgefunden haben). Ob in dieser differenzierten Festlegung zum Ausdruck kommt, dass ein strukturelles Ungleichgewicht in der Beziehung zwischen den Unternehmen weniger leicht anzunehmen ist als im Rahmen des Verbraucherrechts,¹³ mag hier dahinstehen. Die Verordnung über Online-Vermittlungsdienste knüpft somit für die Kontrolle vertraglicher Klauseln jedenfalls daran an, dass diese Klauseln nach Maßgabe einer Gesamtbewertung einseitig von einer Partei festgelegt wurden, und will in dieser Lage entsprechend ihrer generellen Zielsetzung für die gewerblichen Nutzer Transparenz, Fairness und wirksame Abhilfemöglichkeiten gewährleisten (vgl. Art. 1 (1) VO über Online-Vermittlungsdienste).

III. Digitaler Markt und digitale Dienstleistungen

Über die Verordnung über Online-Vermittlungsdienste hinaus gestalten seit 2022 zwei Rechtsakte mit weitreichenden Bestimmungen den rechtlichen Rahmen des europäischen Binnenmarktes in Hinblick auf die Veränderungen durch die Digitalisierung fort: die „Verordnung über unbestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor“, üblicherweise auch im deutschen Sprachraum Digital Market Act genannt, und die „Verordnung über einen

13 So C. Grüneberg, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, ZHR 2023, 429 (436); F. Möslin in: R. Schulze/D. Staudenmayer/S. Lohsse (Hrsg.), EU Digital Law, 2. Aufl., Baden-Baden 2025, Art. 2 Platform Regulation Rn. 8.

Binnenmarkt für digitale Dienste“, bekannt als Digital Services Act. Der Digital Market Act ergänzt das herkömmliche Wettbewerbsrecht für alle Märkte im digitalen Sektor, auf denen „Torwächter“ tätig sind (also nach der Definition in Art. 2 Nr. 1 DMA Unternehmen, die zentrale Plattformdienste bereitstellen und nach Maßgabe von Art. 3 DMA durch die Europäische Kommission benannt werden). Während der Digital Market Act in erster Linie Regelungen in Hinblick auf die Marktmacht derartiger großer Online-Plattformen enthält, legt der Digital Services Act vor allem Regeln über Fairness und Transparenz für Online-Plattformen verschiedener Größenordnung fest, um die Rechte der Nutzer zu stärken.¹⁴

Was die Regeln über missbräuchliche Klauseln betrifft, verdienen im Rahmen des Digital Market Act die Bestimmungen über die Zugangsbedingungen besondere Beachtung. Nach Art. 6 Nr. 12 S. 1 DMA muss der Torwächter für den Zugang gewerblicher Nutzer zu seinen Geschäften für Software-Anwendungen, Online-Suchmaschinen und Online-Diensten sozialer Netzwerke „faire, zumutbare und diskriminierungsfreie allgemeine Bedingungen“ anwenden. Der Digital Market Act übernimmt damit aus dem Lizenzrecht die sogenannte „FRAND“-Formel: „Fair, Reasonable And Non-Discriminatory“ sollen „allgemeine Bedingungen“ für den Zugang sein. Diese Festlegung hinsichtlich der inhaltlichen Maßstäbe verbindet der DMA mit einem Publikationserfordernis, das über eine Mitteilung an die jeweiligen Vertragspartner hinausgeht, indem im Anschluss an die soeben angeführte Bestimmung Art. 6 Nr. 12 S. 2 DMA vorschreibt: „Zu diesem Zweck veröffentlicht der Torwächter allgemeine Zugangsbedingungen, einschließlich eines alternativen Streitbeilegungsmechanismus.“ Für die Einhaltung der inhaltlichen Maßstäbe begnügt sich der DMA zudem nicht mit der Möglichkeit gerichtlicher Kontrolle auf Initiative einer Partei im Streitfall. Vielmehr sieht Art. 6 Nr. 12 S. 3 DMA eine ex-officio-Kontrolle der veröffentlichten allgemeinen Zugangsbedingungen durch die Europäische Kommission vor. Der Digital Market Act setzt damit für die Ausgestaltung der Kontrolle von Vertragsklauseln sowohl in inhaltlicher Hinsicht als auch im Hinblick auf Publizität und Kontrollmethoden bemerkenswerte neue Akzente.

Der Digital Services Act stellt auf mehreren Stufen jeweils für einen engeren Adressatenkreis zusätzliche Anforderungen an verschiedene Kate-

14 A. De Franceschi in: R. Schulze/D. Staudenmayer/S. Lohsse (Hrsg.), EU Digital Law, 2. Aufl., Baden-Baden 2025, Introduction to the Digital Services Act Rn. 1; näher zu Grundzügen und Zielen des Digital Services Act *ebd.* Rn. 4 ff.

gorien von Online-Plattformen und Suchmaschinen auf („Pyramidenstruktur“). Was die Klauselkontrolle betrifft, finden sich die Grundregeln schon auf der unteren Stufe, die generell die Anbieter von Vermittlungsdiensten erfasst, in Art. 14 (1) DSA. Die Vorschrift bezieht sich auf Allgemeine Geschäftsbedingungen (in der englischen Sprachfassung wie auch in der VO über Online-Vermittlungsdienste „terms and conditions“). Dieser Begriff erfasst nach der Definition in Art. 3 lit. u DSA alle Klauseln (und zwar ebenfalls wie bereits nach Art. 2 Nr. 10 VO über Online-Vermittlungsdienste „ungeachtet ihrer Bezeichnung oder Form“), die die vertraglichen Beziehungen zwischen dem Anbieter von Übermittlungsdiensten und Nutzen regeln. Hinsichtlich des Inhalts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verpflichten Art. 14 (1) S. 1 und 2 DSA die Verwender zu bestimmten Angaben zu etwaigen Beschränkungen im Zusammenhang mit der Nutzung ihrer Dienste in Bezug auf die von den Nutzern bereitgestellten Informationen. Hinsichtlich der Verständlichkeit und Transparenz bezieht die Vorschrift das Erfordernis der Benutzerfreundlichkeit ein („... in klarer, einfacher, verständlicher, benutzerfreundlicher und eindeutiger Sprache abzufassen und in leicht zugänglicher und maschinenlesbarer Form öffentlich zur Verfügung zu stellen“; Art. 14 (1) S. 3 DSA). Bemerkenswert – und über die Bestimmungen beispielsweise auch der VO über Online-Vermittlungsdienste hinausgehend – sind zudem die zusätzlichen spezifischen Anforderungen für die Verwendung von Geschäftsbedingungen im Hinblick auf Minderjährige. Der Verwender muss danach diese Bedingungen so erläutern, dass Minderjährige sie verstehen können, wenn sich ein Vermittlungsdienst in erster Linie an Minderjährige richtet oder überwiegend von Minderjährigen genutzt wird (Art. 14 (3) DSA). Zu den weiteren hervorstechenden Bestimmungen gehört nicht nur, dass Art. 14 (4) DSA die Vorschriften über die Gestaltung und Kommunikation von Geschäftsbedingungen durch Anforderungen ergänzt, die die Anwendung und Durchsetzung der in den Geschäftsbedingungen mitgeteilten Beschränkungen betreffen (mit den Maßstäben der Sorgfalt, Objektivität und Verhältnismäßigkeit und mit Bezug auf die Grundrechte der Nutzer). Vielmehr sind auch – allerdings beschränkt auf sehr große Online-Plattformen und Suchmaschinen – zusätzliche Vorgaben in Hinblick auf Zugänglichkeit und Verständlichkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten: Den Nutzern muss gemäß Art. 14 (5) DSA eine kompakte, leicht zugängliche und maschinenlesbare Zusammenfassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in klarer und eindeutiger Sprache zur Verfügung gestellt werden. Nach Art. 14 (6) DSA

müssen sehr große Plattformen oder Suchmaschinen (im Sinne von Art. 33 DSA) ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Amtssprachen aller Mitgliedstaaten, in denen sie ihre Dienste anbieten, veröffentlichen. Insgesamt verbindet Art. 14 DSA somit die inhaltlichen Vorgaben für die Vertragsgestaltung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen mit weitreichenden Anforderungen, die den Zugang zu diesen Bedingungen und deren Verständlichkeit betreffen und dabei die besondere digitale Verletzlichkeit¹⁵ von Minderjährigen berücksichtigen.

IV. Datenzugang und Datennutzung

Den vorläufigen Höhepunkt, wenn auch voraussichtlich nicht den Schlusspunkt der Reaktionen der europäischen Gesetzgebung auf die Herausforderungen der Digitalisierung, bilden die Bestimmungen des Data Act (DA) von 2023 über einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung. Diese Verordnung führt über die vorangegangene Gesetzgebung unter anderem insofern hinaus, als ein Teil ihrer Bestimmungen grundsätzlich auf Verträge aller Art anwendbar ist, wenn sie den Datenzugang und die Datennutzung betreffen. Dies gilt insbesondere für die ausführlichen Regelungen über missbräuchliche Vertragsklauseln im Verhältnis zwischen Unternehmen in Art. 13 DA. In dieser Hinsicht nimmt Art. 13 DA als „Querschnittsregelung“ eine in gewisser Weise vergleichbare Rolle für das Datenrecht ein wie die Klauselrichtlinie von 1993 für das Verbraucherrecht.

Diese Vorschrift dehnt somit die Klauselkontrolle mit großer Spannweite auf ein bislang wenig geregeltes Feld des Vertragsrechts aus. Sie kombiniert dazu eine Generalklausel (Art. 13 (3) DA) mit einem in zwei Teile gegliederten Katalog einzelner missbräuchlicher Sachverhalte (Art. 13 (4) und (5) (f) DA). Nach der Generalklausel kann eine Vertragsklausel unter zwei Gesichtspunkten missbräuchlich sein: bei einer groben Abweichung von der guten Geschäftspraxis oder bei einem Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben. Nach dem anschließenden Katalog gelten Vertragsklauseln als missbräuchlich im Sinne dieser Generalklausel, wenn sie die jeweils im Einzelnen bestimmten Sachverhalte bezwecken oder bewirken (zum Beispiel hinsichtlich des Ausschlusses der Haftung des Klauselverwenders oder des Ausschlusses von Rechtsbehelfen der Gegenseite; Art. 13 (4) (a)

15 Zu diesem Problemkreis C. Crea/A. De Franceschi, *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden-Baden 2024, S. 1 ff.

und (b) DA). Dem Muster der Klausel-Richtlinie von 1993 folgend gliedert sich dieser Katalog in eine "schwarze Liste" mit stets missbräuchlichen Klauseln (Abs. 4) und eine "graue Liste" mit Klauseln, deren Missbräuchlichkeit widerlegbar vermutet wird (Abs. 5).

Diese Maßstäbe sind nach Art. 13 (1) DA für Vertragsklauseln anzuwenden, die ein Unternehmen einem anderen „einseitig auferlegt“ hat. Mit diesem Bezug auf die einseitige Auferlegung durch eine Partei scheint der Data Act auf den ersten Blick einem ähnlichen Ansatz zu folgen wie die Verordnung über Online-Vermittlungsdienste mit ihrer Ausrichtung auf die einseitige Festlegung durch eine Partei.¹⁶ Die Verwendung einer unterschiedlichen Terminologie („einseitig festgelegt“/„unilaterally determined“ in Art. 2 Nr. 10 VO über Online-Vermittlungsdienste – „einseitig auferlegt“/„unilaterally imposed“ in Art. 13 DA) ist jedoch Ausdruck einer deutlich anderen Akzentsetzung in sachlicher Hinsicht, wie der Vergleich von Art. 13 (6) DA mit Art. 2 Nr. 10 VO über Online-Vermittlungsdienste zeigt: Im Unterschied zu dem recht offen gefassten Erfordernis einer Gesamtbewertung und der ausdrücklichen Erwähnung von Negativkriterien in der letzteren legt der Data Act positiv fest, dass Vertragsklauseln als einseitig auferlegt gelten, wenn sie von einer Vertragspartei eingebracht werden und die andere Vertragspartei ihren Inhalt trotz des Versuchs, hierüber zu verhandeln, nicht beeinflussen kann. Zudem weist Art. 13 (6) DA die Beweislast dafür, dass die Klausel nicht einseitig auferlegt wurde, ausdrücklich der Partei zu, die die Klausel eingebracht hat.

C. Funktionen

I. Förderung des Binnenmarkts und der Digitalwirtschaft

Der Vorstoß der Gesetzgebung der EU auf neue Felder vom Onlinehandel bis zum Datenzugang hat zu einer beträchtlichen Funktionserweiterung der Klauselkontrolle im europäischen Recht gegenüber der Ausrichtung spezifisch auf den Verbraucherschutz beim Erlass der Klausel-Richtlinie von 1993 geführt. Zwar ist eine Konstante in den Regelungszwecken während der beiden Jahrzehnte von 1993 bis 2023 das Anliegen geblieben, den Binnenmarkt zu fördern. Dieses Anliegen findet sich so schon am Anfang der Erwägungsgründe für die Klausel-Richtlinie (damals erst noch bezogen auf

¹⁶ Siehe oben B. II.

die Errichtung des Binnenmarktes): „Es müssen Maßnahmen zur schrittweisen Errichtung des Binnenmarktes bis zum 31. Dezember 1992 getroffen werden.“ Mit Blick darauf weisen die Erwägungsgründe sodann darauf hin, dass infolge der Unterschiede in den Vorschriften der Mitgliedstaaten über Vertragsklauseln und namentlich über missbräuchliche Klauseln die einzelnen Märkte für den Verkauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen an den Verbraucher uneinheitlich sind. Die Harmonisierung der Bestimmungen über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen soll vor diesem Hintergrund sowohl dem Verbraucherschutz als auch der Errichtung des Binnenmarktes dienen.

Zwei Jahrzehnte später beziehen sich auch die Erwägungsgründe für den Data Act auf das Anliegen, den Binnenmarkt zu fördern, und streben daher an, „die Hindernisse für einen reibungslos funktionierenden Binnenmarkt für Daten zu beseitigen“.¹⁷ Sie verbinden dies aber nunmehr mit dem weiteren Regelungszweck, „den Bedürfnissen der digitalen Wirtschaft gerecht zu werden“.¹⁸ Damit stellen sie für den Data Act einschließlich seiner Bestimmungen über missbräuchliche Klauseln den Bezug her zu den rechtspolitischen Aufgaben der Förderung der digitalen Wirtschaft und der von der Europäischen Kommission 2015 vorgezeichneten allgemeineren Zielsetzung, den Digitalen Binnenmarkt zu entwickeln.¹⁹

Eine entsprechende Funktionserweiterung im Hinblick auf die digitalen Märkte hat zuvor beispielsweise der Digital Market Act schon in seinem Titel ausgedrückt („Verordnung über unbestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor ...“). Schon am Anfang der Erwägungsgründe des Digital Services Act spiegelt sie sich beispielsweise darin, dass der „digitale Wandel“ und die dadurch hervorgebrachten neuen „Risiken und Herausforderungen“ angeführt werden, um das Anliegen der Verordnung zu erläutern.²⁰ Der Data Act führt diese Ausrichtung auf den Digitalen Binnenmarkt und die Digitalwirtschaft in Hinblick auf den Datenmarkt und die Datenwirtschaft fort, mit dem Anliegen, einen rechtlichen Rahmen zu schaffen, „in dem festgelegt wird, wer unter welchen Bedingungen und auf welcher Grundlage berechtigt ist, Produktdaten oder verbundene Dienstdaten zu nutzen“ (Erwägungsgrund 4 DA). Im Ganzen betrachtet stehen die Rege-

17 Erwägungsgrund 4 DA.

18 Erwägungsgrund 4 DA.

19 Siehe oben B. II. zur „Digitalen Binnenmarktstrategie“.

20 Näher zum DSA als Teil der „Europäischen Digitalstrategie“, z.B. A. De Franceschi in: R. Schulze/D. Staudenmayer/S. Lohsse (Hrsg.), EU Digital Law, 2. Aufl., Baden-Baden 2025, Introduction to the Digital Services Act Rn. 1 ff.

lungszwecke dieser neuen Rechtsakte, einschließlich ihrer Bestimmungen über die Klauselkontrolle, insofern im Kontext der Entwicklung des Digitalen Binnenmarktes und der Herausbildung eines rechtlichen Rahmens für die Digitalwirtschaft, einschließlich Datenmarkt und Datenwirtschaft.

Entsprechend ihrer funktionalen Ausrichtung auf die Schaffung eines rechtlichen Rahmens für den digitalen Binnenmarkt und die Digitalwirtschaft lassen sich die betrachteten Rechtsakte rechtssystematisch als Bausteine eines sich formierenden europäischen (Digital-)Wirtschaftsrechts verstehen. Die vertragsrechtlichen Bestimmungen dieser Rechtsakte zur Klauselkontrolle und anderen Materien erweitern aus dieser Perspektive das Vertragsrecht der Europäischen Union in wirtschaftsrechtlicher Hinsicht. Mit Blick auf die Diskussionen um das Europäische Vertragsrecht²¹ könnte dies zu einer Akzentverschiebung beitragen: Die wissenschaftliche Beschäftigung mit diesem Gegenstand – und auch die Rechtsprechung auf diesem Gebiet – kann sich dadurch stärker als bisher auf Quellen (digital-)wirtschaftsrechtlicher Provenienz stützen. Vorstellbar ist insofern, dass künftig das Wirtschaftsvertragsrecht mit Blick auf die infolge der Digitalisierung hinzugetretenen neuen Materien einen ebenso gewichtigen oder sogar noch größeren Beitrag zur Entwicklung des Europäischen Vertragsrechts leisten kann als das bisher auf diesem Gebiet besonders präsen- te Verbrauchervertragsrecht.

II. Verbraucherschutz

Allerdings lässt sich daraus keineswegs ableiten, dass das Ziel des Verbraucherschutzes und der Begriff des Verbrauchers für diese neuen Materien bedeutungslos seien. Vielmehr haben diese Konzepte auch Eingang in die Festlegung der Regelungsziele auf den neuen Gebieten gefunden. So hat Art. 1 DSA den „Grundsatz des Verbraucherschutzes“ mit Bezug auf dessen Verankerung in der Europäischen Grundrechte-Charta in die Zielbestimmung für diesen Rechtsakt einbezogen. Der Verbraucherschutz gehört danach neben der Förderung von Innovationen und dem Schutz anderer Grundrechte der Charta zu den Kennzeichen eines sicheren, vorhersehbaren und vertrauenswürdigen Online-Umfelds, das durch die Vorschriften

21 Zum Konzept des Europäischen Vertragsrechts im Rahmen der Entwicklung des europäischen Privatrechts R. Schulze/F. Zoll, *European Contract Law*, Baden-Baden 2021, Kapitel 1 Rn. 13 ff.

erstrebt wird. Für den Data Act – um nur ein weiteres Beispiel zu nennen – verwendet schon dessen Erwägungsgrund 1 den Begriff des Verbrauchers (im Zusammenhang mit der Darlegung des Wertes von Daten); und Art. 2 Nr. 11 DSA definiert diesen Begriff sodann für die Zwecke der Verordnung im Einklang mit seiner üblichen Definition im Verbraucherrecht.

Anders als für die Rechtsakte auf den herkömmlichen Gebieten des Verbraucherrechts und anders auch als in den erwähnten Rechtsakten zur Anpassung des Verbraucherrechts an die Veränderung durch die Digitalisierung (Digitale-Inhalte-RL, Warenkauf-RL, „Modernisierungs“-RL²²) spielt der Verbraucherbegriff aber für diese Rechtsakte mit primärer Regulierungsfunktion für die Digitalwirtschaft und die Datennutzung keine zentrale Rolle für die Festlegung des persönlichen Anwendungsbereichs. Vielmehr treten andere Konzepte und darauf beruhende Bezeichnungen für die Parteien der in Betracht stehenden Rechtsverhältnisse in den Vordergrund, wie zum Beispiel „Nutzer“ („user“) und „Endnutzer“ („end user“), die teils gegenüber den Kategorien und Schutzzwecken des Verbraucherrechts unspezifisch sind (wie der Begriff des „Nutzers“²³), teils aber auch gewisse Parallelfunktionen zum Verbraucherbegriff übernehmen (wie beispielsweise der Begriff des „Endnutzers“ hinsichtlich der Abgrenzung zu gewerblich Tätigen²⁴). Die Rolle dieser neuen Begrifflichkeiten im Verhältnis zum Verbraucherschutz näher zu analysieren, wäre Gegenstand einer eigenen Untersuchung. Es mag hier der Hinweis auf die andernorts erläuterte These genügen, dass Konzepte wie die des „Nutzer“/„user“ den Verbraucherbegriff in seinen spezifischen Schutzfunktionen nicht ersetzen, aber im Hinblick auf die Veränderung durch die Digitalisierung sachgerecht ergänzen können.²⁵

22 Siehe oben B. II.

23 Siehe beispielsweise die Definition in Art. 3 DSA des Nutzers als „jede natürliche oder juristische Person, die einen Vermittlungsdienst in Anspruch nimmt ...“.

24 Siehe die Definition in Art. 2 Nr. 20 DMA als „eine natürliche oder juristische Person, die zentrale Plattformdienste nutzt und nicht als gewerblicher Nutzer auftritt“.

25 R. Schulze, *Propos Introductifs*, in: G. Mäsch/J. Valierque (Hrsg.), *Quelles limites aux droits nationaux et européens de la consommation?* 9^e Journées Franco-allemandes, Paris 2025, S. 9 (15 f.); S. Lohsse/R. Schulze/D. Staudenmayer, *The Data Act – a Cornerstone for the European Data Economy*, in: S. Lohsse/R. Schulze/D. Staudenmayer (Hrsg.), *Private Law and the Data Act*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VIII, Baden-Baden 2024, S. 11 (33 ff.); L. Specht-Riemenschneider/M. El-Rifaai/V. Mehnert/L. Bodemann, *IoT Data Sharing in B2C: How to Better Serve the Consumer*, in: S. Lohsse/R. Schulze/D. Staudenmayer (Hrsg.), *Private Law and*

III. Vertragsparität bei Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die Ausweitung der Klauselkontrolle auf die neuen Felder der Digitalwirtschaft und Datennutzung lässt schließlich auch eine allgemeinere Funktion deutlicher erkennen, die der Kontrolle von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen in allen ihren Anwendungsbereichen zukommen kann: Die gesetzliche Festlegung und gerichtliche Überprüfung von Anforderungen an die Transparenz und den Inhalt von Vertragsklauseln kann einen gewissen Ausgleich schaffen für die Asymmetrie der Transaktionskosten, die bei der vielfachen Verwendung von Klauseln durch eine Partei im Verhältnis zu der anderen Partei entstehen kann. Dies betrifft sowohl Sachlagen, in denen die Verwendung vorformulierter Klauseln für eine Vielzahl von Verträgen (bzw. die Bestimmung der Klauseln zu einer derartigen Verwendung) gesetzliche Voraussetzung der Klauselkontrolle ist,²⁶ als auch Sachlagen, in denen eine derartige Vielfachverwendung des vorformulierten Standardvertrages nicht gesetzliche Voraussetzung der Klauselkontrolle ist,²⁷ aber in der Praxis weit verbreitet oder sogar der Regelfall ist. Gerade bei Transaktionen im Internet dürften eher standardisierte Verträge als Individualvereinbarungen den Regelfall bilden.²⁸

Für den Verwender der Klauseln ist in diesen Fällen der Aufwand für die Ausarbeitung von Vertragsbedingungen zu seinen Gunsten pro Vertragsschluss viel geringer als für die andere Partei, weil sich die Kosten (etwa für die Vertragsgestaltung durch eine erfahrene Anwaltskanzlei) über eine Vielzahl von Transaktionen verteilen. Für die andere Partei wird es dagegen häufig wirtschaftlich nicht sinnvoll sein, entsprechende Kosten oder überhaupt irgendwelchen finanziellen Aufwand in die Vertragsgestaltung zu investieren, weil es sich für sie um eine einmalige Transaktion mit geringem Wert handelt. Diese Asymmetrie besteht insbesondere bei „Massentransak-

the Data Act, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VIII, Baden-Baden 2024, S. 59 (59 ff.).

26 Siehe z.B. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB.

27 Siehe z.B. Art. 13 DA, oben B. IV.

28 Zur Standardisierung im Privatrecht *R. Schulze/T. Arroyo Vendrell*, Standardisierte Verträge zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle – eine Einführung, in: J. Kindl/M. Perales Viscasillas/T. Arroyo Vendrell (Hrsg.), Standardisierte Verträge – zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle, Baden-Baden 2017, S. 11 (12); *R. Schulze*, The Future of European Private Law – An Introduction, in: R. Schulze/M. Lehmann/A. Janssen (Hrsg.), The Future of European Private Law, Baden-Baden 2023, S. 11 (37 f.).

tionen“, bei denen ein Anbieter standardisierte Verträge verwendet, und ist weitgehend unabhängig von der Wirtschaftskraft, über die die betreffenden Parteien generell verfügen, und von Rollenzuweisungen wie „Unternehmer“, „KMU“, „Kleinstunternehmer“ oder „Verbraucher“ (z.B., wenn ein kleines spezialisiertes Unternehmen als Online-Vermittlungsdienst eine Plattform für den Verkauf von gebrauchten Möbeln unter Verwendung der von ihm festgelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen anbietet und ein großer Stahl-Konzern diese Plattform einmalig zum Verkauf eines gebrauchten Chefsessels nutzen will).

In derartigen Sachlagen wäre es für die jeweilige einzelne Gegenpartei zu aufwendig (und zudem wenig erfolgversprechend), ihrerseits angemessene Vertragsbedingungen einzubringen, sodass sie – in den Kategorien der ökonomischen Analyse – ein „rationales Desinteresse“ an der Vertragsgestaltung hat. Auch aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive entstehen geringere Transaktionskosten durch die gesetzliche Festlegung von gerichtlich kontrollierbaren Maßstäben für derartige Sachlagen, in denen eine Partei ungeachtet ihrer sonstigen wirtschaftlichen Stärke in Bezug auf den betreffenden Vertragsabschluss in einer schwächeren Position ist. Die Kontrolle missbräuchlicher Klauseln ist insofern kein Spezifikum des Verbraucherrechts, sondern kann ebenso für B-B-Verträge angebracht sein und wird letztlich dem Allgemeinen Vertragsrecht zuzuordnen sein.

D. Kontrollmaßstäbe

Auf die Maßstäbe der Klauselkontrolle kann hier nur kurz eingegangen werden. Es würde weit über den Rahmen dieses Beitrags hinausführen, ihre Ausgestaltung in den einzelnen Regelungsbereichen, auf die sich die Kontrolle durch die Gesetzgebung der EU in den letzten Jahren ausgedehnt hat, darzustellen und zu analysieren. Daher bleibt lediglich auf eine Aufgabe hinzuweisen, die sich über die nähere Befassung mit den Einzelbereichen hinaus stellt: Es gilt in der angewachsenen und voraussichtlich weiter anwachsenden Vielfalt von Bestimmungen zur Klauselkontrolle durch vergleichende Untersuchungen nach den übergreifenden Wertungen und Prinzipien und nach den Gründen für unterschiedliche Begrifflichkeiten und Maßstäbe in den einzelnen Rechtsakten zu fragen. Auf diese Weise wird sich erweisen müssen, ob das in rascher Folge von Einzelakten gewachsene Klauselrecht der EU frei von Wertungswidersprüchen und begrifflichen

Unstimmigkeiten ist und inwieweit die Kohärenz der Regelungen deren Anwendung erleichtern und deren Überzeugungskraft stärken kann.

Was den Vergleich der Voraussetzungen betrifft, unter denen Vertragsklauseln der Kontrolle unterliegen sollen, haben sich oben im Überblick über die neue Gesetzgebung bereits Unterschiede gezeigt, die näherer Analyse bedürfen (so zwischen „einseitiger Festlegung“ in der Verordnung über Online-Vermittlungsdienste und „einseitiger Auferlegung“ im Data Act).²⁹ Ebenso wie insofern hinsichtlich der Voraussetzungen der Klauselkontrolle nach der Ausgestaltung und den Gründen dieser unterschiedlichen Regelungen und damit nach deren sachlicher Rechtfertigung – oder eventueller Korrekturbedürftigkeit – zu fragen ist, gilt es, die Maßstäbe der Kontrolle, die in den einzelnen Rechtsakten festgelegt sind, und die damit verbundenen Begrifflichkeiten und Methoden zu vergleichen und im Hinblick auf ihre Stimmigkeit und Kohärenz zu überdenken.

Dies betrifft nicht nur die Kontinuitäten und Modifikationen von Strukturen seit der verbraucherrechtlichen Klausel-Richtlinie von 1993 – etwa hinsichtlich der jeweiligen Art der Kombination von Generalklauseln und Klauselverbots-Katalogen oder des Ausschlusses der Hauptleistungspflichten aus der Kontrolle. Zu fragen wäre in dieser Hinsicht etwa auch – um nur ein Beispiel zu nennen –, wie sich die einzelnen Bestandteile und das Ensemble der Kontrollkriterien in der FRAND-Trilogie, die die EU-Gesetzgebung mit dem DMA übernommen hat („Fair, Reasonable and Non-Discriminatory“),³⁰ zu den jeweils unterschiedlichen Zusammenstellungen der Kriterien in den anderen Rechtsakten verhalten. Ist ein gemeinsames Grundmuster oder sind jeweils Unterschiede erkennbar in der Frage, wie das Verhältnis der Inhaltskontrolle (unter anderem am Maßstab der „Fairness“) zu den Transparenzgeboten zu bestimmen ist? Ist das Kriterium der Diskriminierungsfreiheit, das im FRAND-Katalog gesondert neben der Fairness angeführt ist, ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal oder nur ein explizit genanntes Element der Fairness, das in anderen Rechtsakten ohne ausdrückliche Nennung implizit im Erfordernis der Fairness enthalten ist? Oder anders gefragt: Kann eine diskriminierende Klausel fair sein? Unter diesen und weiteren Gesichtspunkten wird die neue Gesetzgebung weiter zu untersuchen sein in Hinblick auf die Vielfalt und Einheit der Maßstäbe für die Klauselkontrolle in der Digitalwirtschaft und bei der Datennutzung.

29 Siehe oben B. II. und B. IV.

30 Siehe oben C. III.

E. Klauselkontrolle als europäisches Einheitsrecht

Last but not least bleibt neben der Einbeziehung der B-B-Verträge noch ein weiterer wichtiger Unterschied der neuen Gesetzgebung der EU-Klauselkontrolle gegenüber der Klausel-Richtlinie von 1993 zu berücksichtigen: Es handelt sich nicht um umsetzungsbedürftige Richtlinienbestimmungen, sondern um unmittelbar anwendbares Einheitsrecht der EU. Dieser neue Charakter zur Klauselkontrolle entspricht einer allgemeineren Tendenz in der EU-Gesetzgebung, die sich schon bald nach der Mitteilung der Kommission über die „Digitale Binnenmarktstrategie“³¹ mit der Geoblocking-Verordnung³², der Portabilitäts-Verordnung³³ und sodann der Online-Vermittlungsdienste-Verordnung abgezeichnet hat. Mit dem Digital Markets Act, dem Digital Services Act und dem Data Act ist nun in großem Umfang weiteres europäisches Einheitsrecht hinzugetreten, sodass unmittelbar anwendbares Recht der EU nunmehr einen Großteil der privatrechtlichen Beziehungen in der digitalen Wirtschaft und im Datenhandel regelt. In einer Gesamtbetrachtung der privatrechtsrelevanten EU-Gesetzgebung hat gerade durch die neuen Rechtsakte auf diesem Gebiet die Rechtsvereinheitlichung durch Verordnungen während der letzten Jahre deutlich an Gewicht gewonnen gegenüber der Angleichung der nationalen Rechte durch Richtlinien. Zugleich ist damit im Verhältnis zum Privatrecht der Mitgliedstaaten die Bedeutung des europäischen Rechts gerade in Hinblick auf Materien mit großem wirtschaftlichen und juristischen Entwicklungspotenzial gewachsen.³⁴

Aus der Entscheidung, diese Materien durch europäisches Einheitsrecht zu gestalten, erwachsen allerdings der Gesetzgebung der EU und der

31 Siehe oben Fn. 8.

32 Verordnung (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG (ABl. L 60 I S. 1).

33 Verordnung (EU) 2017/1128 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltendiensten im Binnenmarkt (ABl. L 168 S. 1).

34 R. Schulze, *European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*, in: R. Schulze/M. Lehmann/A. Janssen (Hrsg.), *The Future of European Private Law*, Baden-Baden 2023, S. 141 (162 ff.); dort auch zu den Auswirkungen auf den herkömmlichen Charakter der nationalen Kodifikationen.

darauf bezogenen Rechtsprechung und Rechtslehre auch neue Aufgaben. Beispielsweise ist in Hinblick auf die Anwendung der einheitsrechtlichen Vorschriften über die Klauselkontrolle zu überdenken, welche Folgen sich für den Rekurs auf die bisherige EuGH-Rechtsprechung zur Klauselkontrolle³⁵ daraus ergeben, dass das Spannungsfeld zwischen europäischem und nationalem Recht zumindest nicht mehr in der gleichen Weise wie bei der Anwendung der nationalen Umsetzungsbestimmungen der Klausel-Richtlinie von 1993 besteht.

Vor allem bleibt zu berücksichtigen, dass die Mitgliedstaaten – anders als bei dem Erlass von Richtlinien – nicht durch ihre Umsetzungsbestimmungen daran mitwirken, die Begrifflichkeit und die Tatbestände des anzuwendenden Rechts präzise und konsistent zu gestalten, Unstimmigkeiten zwischen verschiedenen Regelungen zu vermeiden und einen entsprechenden systematischen Zusammenhang zwischen ihnen herzustellen. Vielmehr liegt die Verantwortung für die Kohärenz der Normen und insofern auch für Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bei ihrer Anwendung und für die Akzeptanz durch ihre Adressaten und die Öffentlichkeit – allein bei den Gestaltern des Rechts auf europäischer Ebene.

Die Mitgliedstaaten haben derartige Herausforderungen hinsichtlich der Kohärenz, Rechtsgewissheit und Systematik privatrechtlicher Regelungen herkömmlich zumeist zu bewältigen versucht, indem sie Bestimmungen auf einem Rechtsgebiet im Rahmen einer Kodifikation geordnet und diese Kodifikation zuweilen angesichts neuer Entwicklungen „modernisiert“ haben.³⁶ Diesem Muster ist die Europäische Union nicht gefolgt. Nach dem Scheitern des Versuchs, mit dem „Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht“ eine Teilkodifikation für einen wichtigen Bereich des Vertragsrechts zu schaffen,³⁷ ist sie auch in jüngster Zeit bei der „fragmentarischen“ Regelung durch legislative Einzelakte verblieben. Entsprechend hat sie das neue Einheitsrecht für die digitale Wirtschaft und den Datenhandel ebenfalls durch eine Reihe einzelner Rechtsakte geschaffen. Rechtssicherheit und -klarheit, gleichmäßige Anwendung und Akzeptanz erfordert es aber auch bei dieser Form der Gesetzgebung, soweit möglich zu einheitlicher Begrifflichkeit und übereinstimmenden Wertungen in der Pluralität der Rechtsakte zu

35 Z.B. EuGH, Urteil vom 14. März 2013 - C-415/11 [ECLI:EU:C:2013:164], Freiburger Kommunalbauten.

36 Dazu M. Encarnación Roca Trías (Hrsg.), *Codificaciones del derecho privado en el s. XXI*, Madrid 2015.

37 R. Schulze/F. Zoll, *European Contract Law*, Baden-Baden 2021, Kapitel 1 Rn. 44 ff.; Kapitel 7 Rn. 8 ff.

gelangen. Dies gilt umso mehr, wenn mehrere umfangreiche Regelwerke sachlich verwandte Gegenstände betreffen und in einem engen regulatorischen Zusammenhang in Hinblick auf bestimmte technologische und wirtschaftliche Entwicklungen stehen wie die hier in Betracht stehenden Rechtsakte zur Digitalwirtschaft und Datennutzung. Wie die vorangegangenen Diskussionen um das europäische Privatrecht gezeigt haben, wird es dabei allerdings – nicht zuletzt wegen der häufig erörterten Schwächen der europäischen Gesetzgebungstechniken und -verfahren – in besonderem Maße auf Beiträge der Rechtslehre und der Rechtsprechung zur Entwicklung übergreifender begrifflicher Ansätze und Strukturen ankommen.

Wie für die Rechtsakte insgesamt, die das neue europäische Einheitsrecht für die Datenwirtschaft und Datennutzung geschaffen haben, stellt sich damit auch für ihre Bestimmungen über die Klauselkontrolle in besonderem Maße der Rechtswissenschaft die soeben³⁸ bereits umrissene Aufgabe, nach Gemeinsamkeiten und Spezifika im Gesamtgefüge der neuen europäischen Bestimmungen hinsichtlich der Kontrolle von Vertragsbestimmungen zu fragen. Dies betrifft sowohl die Voraussetzungen, unter denen Vertragsbestimmungen an besonderen Maßstäben gemessen werden sollen (wie die einseitige Festlegung oder Auferlegung und die Frage der Mehrfachverwendung, einschließlich des Begriffs der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), als auch die Ausgestaltung dieser Maßstäbe in Hinblick auf Inhalt, Transparenz und Zugänglichkeit (einschließlich des Verhältnisses dieser Komponenten zueinander) und die rechtlichen Folgen des Verstoßes gegen Anforderungen des europäischen Klauselrechts. Eine derartige vergleichende Analyse mag dazu beitragen, dass aus der Vielzahl von Bestimmungen, die die jüngste europäische Gesetzgebung für die Klauselkontrolle geschaffen hat, künftig ein kohärentes Klauselrecht im Rahmen des unmittelbar anwendbaren Vertragsrechts der EU entstehen kann.

38 Siehe oben D.

