

Dieter Hart

Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem

Juristische Arbeiten über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind gekennzeichnet durch die unkritische Annahme zweier Funktionen dieser Bedingungen für die Wirtschaftssubjekte. Regelmäßig wird einerseits der Gewinn an Rationalisierung der Entscheidungs- und Organisationsabläufe, andererseits der Gewinn an Macht für den Aufsteller der AGB gegenüber dem Unterworfenen konstatiert. Dabei beschränken sich die Erörterungen der Rechtsprechung und der Literatur auf den Machtaspekt, der sich in der Kontrolle von AGB nach Prinzipien von Treu und Glauben spiegelt. Der Differenzierungsgrad der Untersuchungen ist gering, die ins Blickfeld geratenden Variablen beschränkt. Weder wird untersucht, ob und wo Rationalisierungseffekte eintreten, noch wieweit und in welchen Beziehungsverhältnissen Machtpositionen tatsächlich ausgenutzt werden. Diese notwendigen Diskussionen werden durch die Bezugnahme auf das Prinzip der Privatautonomie verdeckt. Das Prinzip scheint die im »individuellen Richtergeist« vorhandenen, in der Darstellung der Entscheidung jedoch in der Regel fehlenden, sie aber bestimmenden Motivationen zu überlagern. Die Entscheidungen der Gerichte zeigen eine Inkongruenz zwischen Begründung und Ergebnis. Die Funktion von Privatautonomie als Organisationsprinzip bürgerlicher Gesellschaft, das Voraussetzung rechtlicher Regelung schlechthin war, hat sich umgekehrt zum Postulat, das zur Durchsetzung erst ansteht und nunmehr qua Justiz zur Geltung gebracht werden soll. Justiz, die im Bereich des Privatrechts stets auf die Durchsetzung formaler Regeln festgelegt war, soll nunmehr Planungsfunktionen übernehmen, die zum Gegenstand hat die Herstellung von Marktgleichgewichten bzw. von Folgen, die sich beim Vorhandensein solcher Marktgleichgewichte angeblich von selbst einstellen.

Weder reichen jedoch das theoretische Instrumentarium der Justiz aus, um Realität zu erfassen, noch die Durchsetzungsmechanismen rechtlicher Entscheidung, Realität zu verändern. Beide Aspekte sind Gegenstand dieses Aufsatzes.

AGB sind Erscheinungen monopolkapitalistischer Wirtschaftsformen. Ihre Entstehung ist gebunden an den Übergang vom System annähernd freier Konkurrenz zum System marktverdrängender Monopole. Nach der liberalen ökonomischen Theorie stellt sich Allgemeinwohl auf gesamtgesellschaftlicher Ebene und gerechter Ausgleich auf der Ebene individuellen wirtschaftlichen Handelns als notwendiges Ergebnis der Verfolgung der Einzelegoismen von selbst her. Markt wird als Steuerungssubjekt begriffen. Dem korreliert das rechtliche Programm des Vertragszustandekommens als ein formales Verfahren. Es zielt auf die Garantie von Bedingungen, bei deren Vorhandensein der Markt seine Funktion erfüllen kann. Je mehr die Ungleichheit in der Verteilung von Chancen und Besitz zunahm, umso mehr zeigte sich, daß die Tendenz zum ökonomischen Gleichgewicht innerhalb der klassischen liberalen Theorie definitorisch bestimmt

und ideologisch war. Mit der Abnahme des Harmonieglaubens trat der normative Charakter des ökonomischen Kerngedankens deutlich hervor¹. Die Trennung von Staat und Gesellschaft als Konstituens der liberalen Theorie bedeutete in der Realität die Durchsetzung kapitalistischer Interessen und damit die Aufgabe von Allgemeinwohlverpflichtungen. An die Stelle der Trennung von Staat und Gesellschaft tritt der mit Planungsfunktionen ausgestattete Staat, der den Prozeß zyklischer ökonomischer Krisen unterbrechen soll und auf die Vierheit von Wachstum, Geldwertstabilität, Vollbeschäftigung und Außenwirtschaftsgleichgewicht festgelegt wird (Keynes).

Die klassische ökonomische Theorie ist um die Dimension des Herrschaftsabbaus qua Konkurrenz gegenüber einer Nationalökonomie reicher, die heute eher an den politischen Voraussetzungen wirtschaftlichen Wachstums interessiert ist, die politische Dimension der Ökonomie als Bestimmungsfaktor der Veränderung des politischen Systems aber negiert². Die herrschaftsbeseitigende Funktion kann der Markt nach der klassischen Theorie nur in der Erscheinungsform der atomistisch-homogenen Konkurrenz entfalten. Alle anderen Marktformen führen zu Inkongruenzen, die einseitige Machtdurchsetzung ermöglichen und damit das Ziel Allgemeinwohl verfehlten. Die nationalökonomischen Untersuchungen heute verlieren sich entweder in der Mikrotheorie und verzichten ganz auf die Überprüfung von Funktionen des Wettbewerbs im politischen System oder sie gehen von als Datum gesetzten Funktionen aus und stellen nur noch die Frage nach dem »effektiven Wettbewerb«, was schnell im Oligopoltheorem endet, wobei Wettbewerb sich auf Innovationen verlagert. In der klassischen Markttheorie sind analytisch unterschiedliche Ebenen der Ziele von Wettbewerb zu isolieren, nämlich einerseits Herbeiführung optimaler Wirtschaftsstrukturen (Ausschaltung von Monopolen und z. T. Oligopolen), andererseits optimale Bedürfnisbefriedigung durch die konkurrierenden Anbieter für den Konsumenten mit der Ausschaltung jeglicher ökonomischer Herrschaft über diesen Konsumenten-Bürger. Diese zweite Ebene der klassischen ökonomischen Theorie ist heute verkümmert zum Ziel der Steigerung des Sozialprodukts, hinter dem sich die Prämissen verbirgt, daß Wohlstandssteigerung Gewinn an Freiheit für jeden einzelnen bedeute. In den Blick der Nationalökonomie fällt nur die Marktorganisation als Mittel der Steigerung des Sozialproduktes, wobei dann gleichgültig ist, daß Konkurrenz nur noch auf innovatorischem Gebiet relevant ist, während die damit akzeptierte weitgehende Ausschaltung von Preis- oder Konditionenkonkurrenz als Problem verschwindet.

Die Rechtsprechung versucht nun am Komplex AGB, solche ursprünglich dem Markt zugeschriebenen Funktionen durch Korrektur zu realisieren.

Das Prinzip der Allgemeinheit des Gesetzes, von Franz Neumann als Voraussetzung des Kapitalismus beschrieben³, ist in weiten Bereichen obsolet geworden. AGB ersetzen sie für die Kapitalisten. Kalkulierbarkeit wird durch diese AGB garantiert.

Der Aufsatz untersucht die Rechtsprechung von RG und BGH zu diesem Komplex (Konversionsphase), befaßt sich mit input- und output-Problemen, wozu aber nur empirisch relativ schwach abgesichterte Hypothesen angegeben oder Probleme formuliert werden. Als »input« bezeichne ich die an die Gerichte ge-

¹ Albert, Hans, *Ökonomische Ideologie und politische Theorie*, Göttingen 1954, S. 41 ff, 82, 105.

² Z. Bsp. Hondrich, Karl Otto, *Wirtschaftliche Entwicklung, soziale Konflikte und politische Freiheiten*, Ffm 1970, S. 33 mit weiteren Angaben.

³ Franz Neumann, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, in: *Demokratischer und autoritärer Staat*, Ffm, Wien 1967, S. 48.

stellten Anforderungen, die in das Justizsystem eingeführten Probleme, deren Lösung es herbeiführen soll. Das setzt voraus, daß die jeweiligen Probleme als rechtliche zu formulieren sein müssen, was eng mit dem Teil der Konversionsphase zusammenhängt, in der die Problemselektion gesteuert wird. So kann es bedeuten, daß zwar Probleme, als rechtliche formuliert, als input dem Justizsystem zugeführt werden, aber aufgrund verschiedener Mechanismen nur teilweise aufgegriffen oder mit Folgen für deren Lösung umformuliert werden. Ich beschäftige mich hier nicht mit dem individuellen Richtergeist, der als Problem-erkennungsmittel den größten Teil der Untersuchungen der Richtersoziologie ausmacht und der als die sog. Herstellung der Entscheidung bezeichnet wird, sondern nur mit dem Darstellungsaspekt der Entscheidungen, d. h. ich beschränke mich auf die in den Entscheidungsgründen zum Ausdruck kommenden Kriterien und Argumentationsketten und deren Einfluß auf die Problemformulierung und -erkenntnis. Als »output« bezeichne ich die sozialen Folgen von Entscheidungen für die Justizumwelt, was hier im wesentlichen das gesellschaftliche Subsystem Wirtschaft betrifft. Schwierigkeiten entstehen bei der Untersuchung der Konversionsphase, insoweit als der Darstellungsaspekt der Entscheidung betroffen ist. Der Versuch, den Gegenstandsbereich der zu entscheidenden Probleme anhand der Entscheidungsbegründungen – so wie er sich dort für den Entscheidenden darstellt – zu beschreiben, ist verwiesen auf knappe empirische Angaben und Theoriesplitter, die nur mühsam zu isolieren sind.

Die allgemeine These von Funktionswandel des Justizsystems, daß nämlich bei gleichzeitigem scheinbaren Machtzuwachs als Kompetenzzuwachs (Generalklauseln usw.) die Auswirkung der Entscheidungen auf die Wirtschaft gering ist, die legitimatorische Wirkung gegenüber dem Konsumentenpublikum aber bedeutend – die Entscheidungen werden dort als Konfliktlösung abgenommen, was zur Folge hat, daß die Notwendigkeit einer am Gegenstandsbereich selbst orientierten (also polit-ökonomischen) Lösung nicht mehr begriffen wird –, bedarf der empirischen Absicherung.

Input: Zunächst muß nach den Bedingungen gefragt werden, unter denen überhaupt die Schwelle der Anrufung der Justiz bei AGB-Fällen überschritten wird. Auseinandersetzungen zwischen Unternehmen über Geschäftsbedingungen werden in der Regel weder vor die Justiz gebracht, noch mittels juridischer Verfahren gelöst. Zwischen Unternehmen sind Leistung und Gegenleistung die wesentlichen Verhandlungsgegenstände, während mögliche Konfliktfälle der Vertragsabwicklung kaum Gegenstand ausgedehnter Verhandlungen zu sein scheinen (vgl. etwa dazu die Streitigkeiten über die Geltung von AGB, auf die in Bestätigungsschreiben pauschal verwiesen wird – unten S. 276). Im übrigen werden diese Probleme meist über wirtschaftlichen Druck gelöst (im Verhältnis von Unternehmen unterschiedlicher ökonomischer Potenz). Ob Auseinandersetzungen zwischen Unternehmen und Konsumenten vor die Justiz gebracht werden, hängt von verschiedenen Faktoren ab. Einerseits verhindern psychologische Faktoren bei den Verbrauchern die Klageerhebung. Daß überhaupt die Justiz angerufen wird, hängt mit von dem rechtlichen Informationsgrad und der darauf basierenden Einschätzung der Möglichkeit eines günstigen Urteils ab. Andererseits zwingen Kostenfaktoren zum Verzicht auf die Durchsetzung möglicher Ansprüche. Die Unternehmen sind an der Vermeidung von Prozessen interessiert und schaffen Probleme auf dem Kulanzwege aus der Welt, jedenfalls dann, wenn die Wirtschaftslage der Branche eine solche Lösung erlaubt.

Diese Mechanismen steuern bereits die Problemselektion. Weiter wäre hier die Auswirkung der Errichtung von Verbraucherschutzorganisationen zu untersu-

chen, die in der Regel (sofern überhaupt vorhanden) die Anrufung der Justiz nur als Druckmittel benutzen, um im übrigen nicht-juridischen Lösungsverfahren (»ohne Anerkennung einer Rechtspflicht«) den Vorzug zu geben (vgl. etwa im Kfz-Reparaturdienst die Organisation »schutzgemeinschaft der kraftfahrer e. v.« oder die Verbindung von Reparaturwerkstätten und Rechtsanwälten zur gemeinsamen Schadensabwicklung gegenüber Versicherungen). Andererseits wäre zu fragen, inwieweit Musterprozesse von großen Wirtschaftseinheiten als Testprozesse durchgeführt werden und zu welchem Zweck. Es geht dabei meiner Ansicht nach in der Regel um das Ausloten von Risikoverlagerungschancen und die bestmöglichen Methoden ihrer Durchsetzung. Das Problem wäre hier, wie die Justiz reagiert, wenn sie in solche Zweckprozesse einbezogen wird. Zwei Gesichtspunkte wären insgesamt zu unterscheiden:

1. die Mechanismen der Problemselektion und
2. die Support-Wirkung von Verbraucherschutzorganisationen und Massenmedien für das Justizsystem.

Konversionsphase: Hier soll präzisiert werden, welche Handlungsmodelle die höchstrichterliche Rechtsprechung verwendet, um Realität zu erfassen, wieweit daraus Lösungen abzuleiten sind, die am Gegenstandsbereich orientiert sind, und ob/wie diese Einordnung bereits die Problemselektion steuert.

Die Kontrolle von AGB in der höchstrichterl. Rspr. wird nach drei dogmatisch scheinbar zuverlässigen Gesichtspunkten abgegrenzt:

1. Geltungsgrund von AGB
2. Einbeziehung in den Einzelvertrag (Auslegung)
3. inhaltliche Kontrolle nach §§ 242, 315, 138 BGB.

Diese dogmatischen Kriterien lassen eine wirkliche Differenzierung der Problemberiche nicht zu. Ihre Anwendung erfolgt jeweils instrumentell im Hinblick auf eine indirekte (1 u. 2) oder direkte (3) Korrektur von AGB. Das Problem Kontrolle und Korrektur erscheint unter diesen dogmatischen Kriterien. Dabei gerät bereits von der Problemformulierung her der Rationalisierungsaspekt⁴ aus dem Blickfeld. Alle drei Kriterien der Kontrolle sind bezogen auf den Machtaspekt der AGB, d. h. auf die Frage der Folgen machtungleichgewichtiger Vertragsvereinbarungen. Die Legitimität der Rationalisierung der Vertragsabwicklung durch AGB wird von der Rspr. nicht mehr infrage gestellt. Die Organisation der Vertragsabwicklungsprozesse ist der Autonomie der Wirtschaftssubjekte überlassen, der Kontrollkompetenz der Gerichte entzogen, soweit sie nicht unter dem Machtaspekt in den Eingriffsbereich geraten. Einer der Gründe für die Entstehung der AGB ist damit für das Entscheidungsverhalten der Gerichte irrelevant, Problemkomplexität ist für die Justiz reduziert.

Schon hier deutet sich an, daß die Justiz sich auf die Lösung scheinbar privater Probleme beschränkt, ohne die strukturellen Probleme des wirtschaftlichen Systems zur Kenntnis zu nehmen.

Die oben genannten dogmatischen Kriterien sind bezogen auf ein rein privates Handlungsmodell, dessen reales Substrat längst zerstört ist. Innerhalb dieses Handlungsmodells verbinden sich die Rechtssubjekte über Willenserklärungen.

⁴ Vgl. dazu den Apologeten der freien Marktwirtschaft J. v. Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, Köln/Berlin 1956, der 4 Gesichtspunkte unterscheidet: 1. streitverhütende Wirkung von AGB = Sicherung des Rechtsfriedens (S. 28/29), 2. innerorganisatorische Vereinfachung (Unternehmensorganisation) (S. 29-31), 3. Kalkulatorische Gründe = Bedingung als Bestandteil des Preises (S. 37-43), 4. Fortbildung des Rechts durch Formularbedingungen, was zum Machtaspekt überleitet (S. 32/33), der aber für ihn problemlos sein muß (freie Marktwirtschaft usw.).

Ihre Beziehung untereinander ist komplementär, nicht reziprok⁵, d. h. die Willenseinigung sagt nichts über die Ausgeglichenheit der Leistungen und die Motivation ihrer Erbringung aus. Die Reziprozität wird in der bürgerlichen Gesellschaft unter Bürgern durch den Markt, auf dem Wettbewerb funktioniert, gewährleistet (vgl. dazu Mückenbergers Auseinandersetzung mit Flume in diesem Heft). Nur unter solchen Bedingungen kann sich Recht auf formale Regelungen zurückziehen, weil inhaltliche Richtigkeit, d. h. Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung durch die Harmonietendenz in der liberalen Wirtschaftsordnung sich von selbst herstellt. Dieses Handlungsmodell wird durch die Aufstellung von AGB durchbrochen: die Einseitigkeit hebt das Modell komplementärer Willensherrschaft auf. Das bedeutet gleichzeitig, daß AGB nicht mehr in Privatautonomie ihren Geltungsgrund haben können und daß die Justiz dazu übergehen muß, »gerechte« inhaltliche Regelungen, die sich auf dem Markt nicht mehr von selbst herstellen, verbindlich zu machen. Der gerichtsentscheidungsfreie Raum muß notwendig eingeschränkt werden, sodaß private Autonomie, früher selbstverständliche Voraussetzung für das Handlungsmodell, nunmehr zum erst zu verwirklichenden Postulat und damit zum Entscheidungskriterium wird. Der Rekurs auf unterschiedliche ökonomische Machtlagen gibt dabei an, unter welchen *Bedingungen* Justiz überhaupt Kontrolle ausübt, während die Kriterien der *Entscheidung selbst* entweder durch den Rückgriff auf dispositives Recht, das damit zu zwingendem gemacht wird, bezogen werden oder dem »individuellen« Richtergeist entspringen. Zusätzliche Entscheidungskriterien werden von des Rspr. kaum angeboten, da das Dilemma der liberalen ökonomischen Theorie war, zwar die Bedingungen von Harmonie auf gesamtwirtschaftlicher Ebene angeben, nicht aber das konkrete Ergebnis bezeichnen zu können, das sich bei Vorliegen dieser Bedingungen auf der Ebene des einzelnen Vertrages einstellen sollte. Die guten Sitten oder Treu und Glauben sind dabei Umschreibungen für tatsächlich übernommene Marktfunktionen.

Diese Veränderungen sind in der Rechtsprechung des RG und des BGH belegbar. Solange Justiz Kontrolle von AGB ablehnt, entspricht dem die Bezugnahme auf Privatautonomie und die Fingierung eines funktionierenden Wettbewerbs, d. h. eine Legitimation zum Eingriff wird bestritten, da eine *gesetzliche* Einschränkung der Vertragsfreiheit nicht vorliege⁶. So sind die Entscheidungen des RG – die besprochenen Urteile beziehen sich im wesentlichen auf die ADSp – meist direkte Korrektur von AGB ablehnende Entscheidungen. Die Korrektur wird in diesen frühen Entscheidungen noch beschränkt durch die Anerkennung des sog. kalkulatorischen Arguments, sodaß eine Auswirkung der Bedingungen in Form von Preissenkungen oder das Anbieten von Versicherungen⁷ bei Haftungsausschluß akzeptiert werden. Die Anerkennung solcher Kalkulationsargumente wird 1921 aufgegeben⁸. Eine Korrektur wird für möglich gehalten, wenn ganz besondere Umstände vorliegen. Dies sind: Monopol (vom Nachfrager her bestimmt), Mißbrauch, Unentbehrlichkeit des Gewerbes für den Verkehr⁹.

⁵ Vgl. dazu Luhmann, Niklas, Zur Funktion der »subjektiven Rechte«, in: Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 1, Bielefeld 1970, S. 321 ff.

⁶ RGZ 11, 100 ff I. Senat Urt. v. 16. 6. 1883 (S. 103/104, 105/106, 110) – das schlechte Gewissen äußert sich im Verweis darauf, daß die Parteien zu diesem Gesichtspunkt nichts geltend gemacht hätten (S. 110).

⁷ RGZ 99, 110; 20, 117.

⁸ RGZ 103, 82 ff. (84) I. Sen. Urt. v. 26. 10. 1921; der BGH hat solche Argumente nicht anerkannt, vgl. etwa E 22, 90 ff (98), II. Z.Sen. Urt. v. 29. 10. 1956.

⁹ RGZ 99, 107 ff. (108–110) I. Sen. Urt. v. 15. 5. 1920 und die vorangehenden Entscheidungen 20, 115 ff. I. Sen. Urt. v. 11. 2. 1888; 62, 264 ff. (265, 266) I. Sen. Urt. v. 8. 1. 1906, die den Monopolgesichtspunkt erstmals in noch nicht präzisierter Form einführen.

Die Monopolstellung oder der Ausschluß einer Konkurrenzmöglichkeit wird nur dann relevant, wenn sie dazu mißbraucht werden, dem allgemeinen Verkehr unbillig große Opfer aufzuerlegen¹⁰. Die wenigen Andeutungen des RG zum Begriff des Monopols geben folgende Zitate wieder:

- »Wenn dem Publikum die Möglichkeit der anderweitigen Wahrung seiner Interessen nicht oder nur unter verhältnismäßig schweren Bedingungen geboten wird, bzw. infolge bes. Umstände (z. B. Bildung eines sog. Ringes nach amerikanischem Vorgange) die Absender gezwungen werden, sich dem Verlangen der Frachtführer zu fügen«¹¹.
- »Entscheidend ist vielmehr, welche Stellung der Unternehmer im allgemeinen Verkehr einnimmt. Ebenso ist es gleichgültig, ob das Monopol einem einzelnen Unternehmen zusteht oder eine Gruppe von Unternehmern es sich durch ihren Zusammenschluß erworben hat«¹².
- »..., wenn zwar kein absolutes Monopol der in Betracht kommenden Unternehmen in Frage kommt, diese aber eine Gruppe bilden, auf deren Inanspruchnahme ein bestimmter Kreis der Geschäftswelt bei der Abwicklung seiner Geschäfte angewiesen ist, weil die Angehörigen seiner Gruppe nach der Anschauung des Verkehrs im wesentlichen allein die Gewähr für eine den Anforderungen dieses Verkehrs entsprechende Ausführung des Geschäftes bieten ...«¹³

Der Begriff der tatsächlichen Monopolstellung ist insgesamt diffus. Es bleibt völlig ungeklärt, nach welchen Kriterien der Markt abgegrenzt wird, teilweise scheinen dies objektive, teilweise subjektive Kriterien zu sein (»Anschauung dieses Verkehrs«). Dies legt die Interpretation nahe, daß die Frage der Monopolstellung eine untergeordnete Rolle für die *Entscheidung* spielt. Die Entscheidung fällt bei der Frage des Mißbrauchs oder des Zwanges oder der Durchsetzung eigener Interessen ohne Rücksicht auf die Interessen des Vertragspartners. Der Begriff des Monopols gibt nur vage an, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsprechung eine Legitimation zur Korrektur erkennt. »Monopol« umreißt den Bereich, der justiziellen Eingriff gestattet, ist seine Voraussetzung. Trotz der geringen Präzisierung, die der Begriff in der Rechtsprechung des RG erfahren hat, zeigt doch seine Verwendung, daß das Gericht Privatautonomie als gewahrt ansieht¹⁴, daß es empirisch von einem funktionierenden Konkurrenzsystem ausgeht, das die Befriedigung der Bedürfnisse der einzelnen Marktsubjekte über den Vertrag leistet. Diese These wird unterstützt durch Kriterien, die das RG zur weiteren Beschränkung des Kontrollbereichs aufgestellt hat. Eine Kontrolle wird abgelehnt, wenn es sich um wirtschaftlich selbständige gleichberechtigte Partner handelt¹⁵. Ein Zwang zum Vertragsschluß kann nicht angenommen werden, wenn die in Anspruch genommene Leistung nach Einschätzung des Gerichts entbehrlich ist (Auskunfteien)¹⁶. Eine Kontrolle findet dann nicht mehr statt, wenn die AGB auf Gruppenebene ausgehandelt wurden¹⁷. Dann nämlich – so wird fingiert – stehen sich gleichmächtige Partner gegenüber, die ihre Interessen im Kompromiß ausgleichen. Die Bedingungen, die erst die Voraussetzungen ausgeglichener Verhandlungspositionen schaffen, werden nicht erörtert. Die Aus-

¹⁰ RGZ 99, 110.

¹¹ RGZ 20, 117.

¹² RGZ 99, 109, 110.

¹³ RGZ 115, 218 ff. (119/120) I. Sen. Urt. v. 8. 11. 1926.

¹⁴ RGZ 99, 110; 104, 101.

¹⁵ RGZ 142, 353 ff. (354) I. Sen. Urt. v. 6. 12. 1933; 104, 98 ff. (101) I. Sen. Urt. v. 22. 2. 1922. 22. 2. 1922.

¹⁶ RGZ 115, 122 ff. (127/128) VI. Sen. Urt. v. 14. 12. 1926; 99, 109.

¹⁷ RGZ 135, 174 ff. (176/177) I. Sen. Urt. v. 6. 2. 1932.

sagen des Gerichts über die Gewährleistung von Vertragsfreiheit werden als Aussagen über die reale Situation zur Legitimation der Beschränkung des Eingriffsbereichs der Justiz benutzt, wenn auch diese Realität eine ganz andere ist (vgl. Einleitung). Das RG hat den Kontrollbereich durch den Begriff des Monopolmißbrauchs zwar klein gehalten, jedoch verdeckte indirekte Kontrolle wesentlich ausgedehnter vorgenommen¹⁸, seine Eingriffe also vom »tatsächlichen Monopol« z. T. unabhängig gemacht. Dies zeigt sich auch in der späten Abkehr des RG vom Monopolgedanken, hin zu Treu und Glauben¹⁹. Schon hieran wird deutlich, daß eine Analyse nicht festzumachen ist an den angewandten dogmatischen Kriterien. Diese sind auf die jeweils erwünschten Ergebnisse hin instrumentierbar. Die Festlegung des Eingriffsbereichs durch den Begriff des Monopols zeigt nur eine Tendenz.

Demgegenüber hat sich in der Rechtsprechung des BGH die Funktion der Begriffe Privatautonomie und Vertragsfreiheit grundsätzlich verändert. Vertragsfreiheit oder Privatautonomie sind nicht mehr Begriffe mit empirischem Gehalt, die die Funktion in der Abwehr von Eingriffen haben, sondern haben *Postulatcharakter*. Die vom RG noch vorausgesetzte Realitätsbezogenheit wird beim BGH offen aufgegeben²⁰. Privatautonomie wird zum erst durchzusetzenden Prinzip einer sinnvoll vorgestellten Wirtschaftsordnung. Damit wächst der Rspr. eine quasi wirtschaftspolitische Aufgabe zu, Wettbewerb erst zu ermöglichen bzw. Entscheidungen, die unter Wettbewerbsbedingungen zustande gekommen wären, zu antizipieren. Zugrunde liegt die Überzeugung, daß – nach der klassischen ökonomischen Theorie – homogene atomistische Konkurrenz – *der* Modellfall in der klassischen Theorie – die Kanalisierung der jeweiligen Einzelinteressen zum Allgemeininteresse leisten könne und sich dann auf der Vertragsebene eben dieser vernünftige und gerechte Kompromiß durchsetze. Dabei wird die Gleichgewichtstendenz, wie Albert kritisierte²¹, vorausgesetzt, nicht aber nachgewiesen. Dem entspricht die Verwendung der Begriffe in der Rspr. als normative. Das Dilemma der Rspr. im Bereich der AGB, durch das Festhalten an der klassischen ökonomischen Theorie mitbedingt, zeigt sich dann, wenn die Entscheidungen auf präzise Kriterien hin untersucht werden. Diese sind zwar bezüglich des *Eingriffsbereichs* festgelegt, nicht aber bezüglich der Entscheidung selbst. Der Rekurs auf das dispositive Recht (notwendige Unterstellung: »vom Verkehr als billig empfunden« – »Gerechtigkeitsgehalt der dispositiven Normen«²²) erweitert zwar das Entscheidungsprogramm, das bisher auf die Normen des Zustandekommens von Verträgen festgelegt war (= wenn diese Normen eingehalten sind, stellt sich »gerechter« Interessenausgleich von selbst ein: die Herstellung von Reziprozität qua Justiz ist verzichtbar), beläßt es aber dennoch als unvollständiges. Einerseits deckt diese Erweiterung nur eine geringe Zahl der Probleme ab, andererseits stellt ökonomischer Wandel die Angemessenheit dieser Lösungen selbst in Frage (Bsp. Entscheidungen zu Gewährleistung und Nachbesserung, wobei Nachbesserung nicht aus dem Programm »verbindlich gemachtes dispositives Recht« ableitbar ist), d. h. die Bedingungen der Verbindlichkeit dispositiven Rechts sind nicht festlegbar.

Kernpunkt der Rspr. des BGH zur Beurteilung von AGB ist der Machtaspekt. Regelmäßig wird die Kontrolle von der Machtungleichheit der Vertragspartner

¹⁸ Z. Bsp. RGZ 142, 353 ff. (355) I. Sen. Urt. v. 16. 2. 1933.

¹⁹ RGZ 168, 321 ff. (329) II. Sen. Urt. v. 14. 8. 1941.

²⁰ Etwa BGHZ 41, 151 (154) II. Z. Senat Urt. v. 17. 2. 1964 sonst meist implizit.

²¹ Albert, a. a. O. S. 41 ff.

²² S. Fußnote 20.

abhängig gemacht²³. Sind die Markt- oder Verhandlungspositionen nach Einschätzung des Gerichts gleichwertig – gilt also das Vertragsmodell noch (»ausgethandelt«), das Problem ist nicht die Herstellung von Reziprozität –, findet eine Kontrolle nicht statt. Die Entscheidungen bewegen sich dann im Bereich des herkömmlichen Entscheidungsprogramms (Fragen des Zustandekommens – etwa die Rechtssprechung zur Vereinbarung von AGB durch Bestätigungsschreiben – oder der Auslegung nach bekannten Kriterien)²⁴. Geht das Gericht von unterschiedlichen Marktpositionen aus, erhält auch das herkömmliche Entscheidungsprogramm einen anderen Stellenwert. Die Kategorien der Beurteilung des Zustandekommens und der Auslegung werden für eine Absicherung oder Durchführung von Kontrolle instrumentiert, die sich an Treu und Glauben und seinen »Präzisierungen« orientiert. Nicht der Austausch korrespondierender Willenserklärungen sondern Unterwerfungserklärung, die auch stillschweigend erfolgen kann und Kenntnis nicht voraussetzt²⁵. Die Anforderungen an eine solche Erklärung gehen vom Fettdruck bis zur Bestimmung von Berufsqualifikationen²⁶ und üblichem Verkehrsverhalten²⁷ (auch in diesen Entscheidungen ist die unterschiedliche Marktposition ausschlaggebend). Die Unterwerfung kann sich nur auf solche Bedingungen beziehen, mit deren Aufstellung der Kunde billiger- und gerechterweise rechnen darf (Überraschungsklauseln)²⁸. Die Auslegung von AGB richtet sich nicht mehr nach dem je einzelnen Vertragszusammenhang, »der Wille und die Absicht der Parteien des Einzelgeschäftes (sind nicht) zu erforschen, vielmehr sind sie (AGB) unabhängig von der Gestaltung des Einzelfalles aus ihrem Inhalt auszulegen. Es kommt also darauf an, wie die Erklärungen als der Ausdruck des Willens verständiger und redlicher Vertragspartner zu werten sind, die ihrem Geschäftsverkehr eine allgemeine Vertragsgrundlage geben wollen«²⁹. Zweifel der Auslegung werden dem Aufstellenden angelastet (Unklarheitenregel)³⁰. Die Erweiterung des Entscheidungsprogramms ist die Kontrolle der AGB an Treu und Glauben, die Herstellung von Reziprozität durch offene Korrektur von AGB, deren einziger, halbwegs verlässlicher Bezugspunkt der Gerechtigkeitsgehalt der dispositiven Normen darstellt³¹. Ansonsten bleibt kasuistische Reduktion – es gibt keine Entscheidungskriterien, die zu verallgemeinern sind³². Die Erweiterung des Kontrollbereichs von AGB in der Rspr. des BGH – dies gilt auch für Untergerichte – zeigt die Tendenz, zugunsten des sozial Schwächeren zu entscheiden.

Output: Die beschriebene Tendenz der Rechtsprechung bewirkt beim Publikum den Schein, es gebe eine Instanz, die in der Lage ist, Konsumentenschutz zu garantieren. Die Wahrnehmung eigener Interessen kann ihr überlassen werden. Das bedeutet eine Kanalisierung der Probleme von Konsumentenschutz auf die Justiz, die dadurch mögliche Proteste absorbiert. Die Probleme werden

²³ BGHZ 38, 183 (185, 186) II. Z.Sen. Urteil v. 29. Okt. 1962; 41, 151 (154) II. Z.Sen. Urt. v. 17. 2. 1964; 51, 55 (58, 59, 60) VIII. Z.Sen. Urt. v. 11. 11. 1968; 52, 171 (178, 179) VII. Z. Sen. Urt. v. 9. Juni 1969.

²⁴ Etwa BGHZ 40, 42 ff. VIII. Z.Sen. Urt. v. 26. 6. 1963; oder 51, 55 (60 = »Kleingewerbetreibende«) und 49, 167 ff. (171 ff.) Ib Z.Sen. Urt. v. 29. 11. 1967; vgl. auch die allgemeinen Andeutungen in 22, 90 (96/97).

²⁵ BGHZ 1, 83 ff. (85) I. Z.Sen. Urt. v. 19. 1. 1951; 9, 1 ff. (3) I. Z.Sen. Urt. v. 3. 2. 1953; 17, 1 ff. (2) I. Z.Sen. Urt. v. 8. März 1955.

²⁶ BGHZ 1, 85; BB 71, 677 VII. Z.Sen. Urt. v. 11. 2. 1971.

²⁷ BGHZ 12, 136 ff. (139) I. Z.Sen. Urt. v. 22. 1. 1954.

²⁸ Etwa BGHZ 17, 3; 51, 59.

²⁹ BGHZ 17, 3.

³⁰ BGHZ 5, 111 (115) I. Z.Sen. Urt. v. 12. 2. 1952; BGH BB 1971, 677.

³¹ Etwa BGHZ 41, 154, 155.

³² Das sieht auch der BGH, vgl. etwa E 22, 96; 33, 219.

nicht mehr als politökonomische erkannt, sondern als rechtliche formuliert, was zur Folge hat, daß die Lösungen ebenfalls *rechtliche* sind, die nicht mehr am Ge- genstandsbereich selbst orientiert werden können. Notwendige Veränderungen der Struktur des wirtschaftlichen Systems werden ausgeblendet.

Ein Einfluß auf die Struktur anderer Systeme wird bei der Anrufung der Justiz immer vorausgesetzt. Es sollen Verhaltensprämissen für das wirtschaftliche System gesetzt, die Situation soll also für die Betroffenen auch zukünftig definiert werden. Das Instrumentarium, das der Justiz dazu zur Verfügung steht, ist das inter partes wirkende Urteil. Andere Mittel, die Abnahme der Entscheidungen garantieren, stehen ihr nicht zur Verfügung. Die Justiz ist zur künftigen Durchsetzung der als Rechtsfortbildung verstandenen Bewertungen auf die Abnahmewilligkeit der Aufsteller von AGB angewiesen. Sanktionen fehlen. Die Justiz ist zwar in der Lage, im Einzelfall korrigierende Entscheidungen durchzusetzen, eine Folgewirkung für die weitere Verwendung von AGB scheint jedoch kaum zu bestehen. Das Risiko eines Prozesses ist relativ gering und außerdem weitgehend im Vorfeld von Kulanzregelungen, die ihrerseits aber von der wirtschaftlichen Situation der Wirtschaftsbranche abhängig sind, ausschaltbar. Eine nicht systematische Überprüfung der vor Untergerichte kommenden Fälle lässt die Hypothese zu, daß mittlere und kleinere Unternehmen das Risiko eines Prozesses einkalkulieren – ihre AGB also trotz vorhandener ähnlicher Entscheidungen nicht verändern. Dies ändert sich möglicherweise dann, wenn die Justiz Support durch groß angelegte Kampagnen in den Massenmedien erhält. Größere Unternehmen scheinen, wenn es auch zu Umformulierungen kommt, die mit ihren AGB verfolgten Ziele trotz vorhandener Entscheidungen aufrechtzuerhalten. Wird z. B. auf eine Risikoverlagerung in AGB verzichtet, so wird das Risiko in der Regel indirekt über den Preis, in den die Versicherungskosten einkalkuliert werden, auf die Gesamtheit der Abnehmer abgewälzt werden.

Die angegebenen Faktoren lassen die Hypothese zu, daß aufgrund struktureller Mängel des Justizsystems in diesem Bereich sich Unternehmensinteressen gegenüber Konsumentenschutzinteressen durchsetzen.