

Professor Dr. Peter Ulmer, Universität Heidelberg

Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk

I. Einführung

Der Diskussionsentwurf (DiskE) eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hat – zur Überraschung nicht nur der Spezialisten des AGB-Rechts – neben der Integration verschiedener Verbraucherschutzgesetze auch diejenige des AGB-Gesetzes in das BGB auf seine Fahnen geschrieben, und zwar als Teil des Allgemeinen Schuldrechts (§§ 305 bis 310 des DiskE in der „Konsolidierten Fassung“ vom 6.3.2001 [KF]). Von Randkorrekturen abgesehen¹, sollen damit keine inhaltlichen Änderungen des Gesetzes verbunden werden; daß dieses sich in den 24 Jahren seiner Geltung bewährt hat und zu den gelungenen legislatorischen Werken der letzten Jahrzehnte gerechnet werden kann, dürfte allgemeiner Ansicht entsprechen². Das Bestreben der Entwurfsverfasser geht ausweislich der Begründung³ vielmehr dahin, durch die vorgesehene Integration der Sondergesetze in das BGB das Zivilrecht übersichtlicher zu machen und zu dessen Vereinfachung beizutragen. Speziell beim AGB-Gesetz liege eine solche Integration inhaltlich auch deshalb besonders nahe, weil es mit den Bestimmungen des Schuldrechts des BGB eng verwoben sei; erst aus jenem Gesetz ergebe sich, inwieweit wirklich von den Vorschriften des BGB-Schuldrechts abgewichen werden könne⁴.

Träfe diese Beurteilung zu, so könnte an der grundsätzlichen Berechtigung des Integrationsvorschlags, also dem *Ob* der Integration, nicht ernstlich gezweifelt werden. Zwar sind seit Inkrafttreten des AGB-Gesetzes Rechtsanwendungszdefizite als Folge der zweispurigen gesetzlichen Regelung nicht erkennbar geworden. Vielmehr beklagen sich Teile der Wirtschaft eher über eine übermäßige Umsetzung des Gesetzes durch die Rechtsprechung⁵. Gleichwohl hat eine Rechtsbereinigung, die die Transparenz und Übersichtlichkeit des Zivilrechts fördert, zweifellos ihren eigenen Wert. Schon deshalb verdienen die auf das AGB-Recht bezogenen Vorschläge Aufmerksamkeit.

Bei näherer Prüfung zeigt sich allerdings, daß sich mit der Integration nicht unerhebliche Probleme verbinden. Soweit sie auf der intransparenten, durch das Streben der Entwurfsverfasser nach Komprimierung des Gesetzestextes bedingten Fassung der Regelungsvorschläge beruhen, ließe sich diesem Mangel zwar durch möglichst unveränderte Übernahme der bisherigen Gesetzesgliederung abhelfen (vgl. unter II 2a). Anderes gilt demgegenüber im Hinblick auf die denkbare Art und Weise, also das *Wie* der Integration. Während die KF sich insoweit für eine „en bloc-Lösung“

entschieden hat, d. h. das gesamte materielle AGB-Recht als einheitlichen neuen Abschnitt des Allgemeinen Schuldrechts⁶ übernehmen will, mehren sich unter den Integrations-Befürwortern die Stimmen, die sich aus systematischen Gründen für eine Aufteilung der Vorschriften des AGB-Gesetzes auf die jeweils sachnächsten BGB-Regelungen des Allgemeinen Teils sowie des Allgemeinen und Besonderen Schuldrechts aussprechen⁷.

Wie im Folgenden zu zeigen ist, vermag keine der beiden Alternativen zu überzeugen, dies freilich aus unterschiedlichen Gründen. So trägt die en bloc-Lösung zwar der sachlichen Eigenständigkeit des AGB-Rechts zutreffend Rechnung; sie tut aber der Systematik des BGB Gewalt an und läuft letztlich auf eine Schein-Integration unter Einpflanzung eines systematischen Fremdkörpers in das Allgemeine Schuldrecht hinaus⁸. Demgegenüber würde die aus systematischer Sicht naheliegende Aufteilung des AGB-Gesetzes auf die entsprechenden Teile des BGB bei konsequenter Umsetzung zur Zerstörung des bestehenden Regelungszusammenhangs führen und es den Rechtsanwendern wesentlich erschweren, sich ein zutreffendes Bild von den Besonderheiten des über weite Teile des BGB verstreuten AGB-Rechts zu machen (vgl. unter II 3b).

Die Regelungsprobleme einer Integration des AGB-Rechts sind nicht nur oder in erster Linie redaktioneller Natur. Sie spiegeln vielmehr die Eigenständigkeit des AGB-Rechts als eine von besonderen Sachgesetzmäßigkeiten geprägte Kodifikation wider (vgl. dazu unter III). Das BMJ wäre daher gut beraten, unter Verzicht auf die Integration des AGB-Rechts die Diskussionen über die Schuldrechtsmodernisierung um einen strittigen Punkt zu entlasten und es insoweit bei der bewährten bisherigen Rechtslage zu belassen.

II. Vor- und Nachteile einer Integration

1. Die bisherige Diskussion

In der bisherigen Diskussion war, wie schon erwähnt, die Integration des AGB-Rechts in das BGB kein Thema. Zwar hatte der 50. DJT in Hamburg 1974 seiner Beschlußfassung zum AGB-Recht ein dahingehendes Postulat vorangestellt⁹. Wie der Inhalt der sich anschließenden Beschlüsse zeigt, hatte er dieses Postulat jedoch alsbald selbst aus den Augen verloren¹⁰. Auch die verschiedenen Gesetzesentwürfe des Jahres 1974 gingen trotz des allseits bekannten BGB-Hinter-

¹ Sie betreffen in erster Linie die Anpassung einiger Klauselverbote aus dem Katalog der §§ 10, 11 AGBG an die im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung vorgesehenen BGB-Änderungen sowie die – inhaltlich zu begrüßende – Neufassung des § 8 AGBG (künftig § 307 Abs. 3 KF) zur bisher unterbliebenen Angleichung an die Vorgaben in Art. 4 Abs. 2 der RiL 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Die Änderungen sind nicht Gegenstand dieses Beitrags; sie wären auch ohne Integration des AGB-Gesetzes geboten.

² Vgl. nur Ulmer, in: *Ulmer/Brandner/Hensen (U/B/H)*, AGBG, 9. Aufl. 2001, Einl. Rdn. 52 ff. m. Nachw.; so jetzt auch Pfeiffer, in: *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, S. 481, 501 f.

³ DiskE, Begründung S. 167, 198 f., 366 ff.

⁴ A. a. O. (Fn. 3) S. 366, 367.

⁵ Vgl. nur *Stumpf* BB 1985, 963 ff.; *Thamm/Pilger*, *Taschenkomm. z. AGBG*, 1998, S. 47 ff.

⁶ So der KF-Vorschlag, S. 15 („Abschnitt 2. Gestaltung von Schuldverhältnissen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen“) in grundsätzlich begrüßenswerter Änderung des ungeeigneten Ansatzes als „Untertitel 2. Einbeziehung und Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen“ im DiskE (S. 16).

⁷ So namentlich Pfeiffer (Fn. 2) S. 502 ff.; ihm in der Diskussion auf der Berliner Tagung tendenziell zust. Coester, *Grundmann* und *M. Wolf*.

⁸ Treffend dazu Zimmermann JZ 2001, 171, 179: „Die §§ 309–314a DiskE ... wirken wie ein modernes Chanson, das sich in eine klassische Symphonie verirrt hat: ein Fremdkörper ohne jede thematische oder stilistische Verbindung zu seiner Umgebung.“

⁹ 50. DJT, Zivilrechtl. Abteilung, Beschluß Nr. 1b (Sitzungsbericht S. H 224, 231).

¹⁰ Vgl. nur die Beschlüsse Nr. 7 betr. die Forderung nach zwei Katalogen unzulässiger Klauseln und Nr. 11 betr. die Einführung einer Verbandsklage gegen AGB, aaO (Fn. 9) S. H 231 f.

grunds der höchstrichterlichen AGB-Rechtsprechung durchweg von der Kodifikation als Sondergesetz aus¹¹. Eine solche wurde auch in der Folgezeit allgemein als sachgerecht angesehen; denn weder die Kommentare zum AGB-Gesetz noch die sonstige einschlägige Literatur, die durchweg den engen Zusammenhang der Neuregelung mit dem BGB betonte, leiteten daraus die rechtspolitische Forderung nach dessen Integration in das BGB ab¹². Auch in den seit Anfang der 80er Jahre laufenden Vorberatungen für die Schuldrechtsreform war die Integration des AGB-Rechts kein Thema. So befaßte sich *Westermann* als der für den Verbraucherschutz zuständige BMJ-Gutachter mit Fragen des AGB-Rechts nur am Rande und verzichtete zu Recht darauf, hierzu Regelungsvorschläge vorzulegen¹³. Und auch die Reformkommission griff diese Frage in ihren Empfehlungen nicht auf. Die abweichende Position des DiskE wurde daher mit guten Gründen als Überraschungscoup empfunden¹⁴. Das hindert es freilich nicht, sich mit ihr inhaltlich auseinanderzusetzen.

2. Die Integrationsgründe des Diskussionsentwurfs

a) Den ersten, in der Begründung wiederholt betonten Integrationsgrund sieht der DiskE in der *Verbesserung der Transparenz und Übersichtlichkeit des deutschen Zivilrechts*¹⁵. Darüber, daß die Regelungsvorschläge zur Integration des AGB-Rechts im ursprünglichen DiskE nicht geeignet waren, dieses Ziel zu erreichen, sondern im Gegenteil zu massiver Intransparenz und zu entsprechenden Verständnisproblemen für Studium und Praxis geführt hätten, bestand verbreiteter Konsens¹⁶. In der KF finden sich denn auch einige begrüßenswerte Verbesserungen¹⁷, auch wenn nach wie vor eine Reihe von Transparenzmängeln verblieben ist. Ich erwähne namentlich die Zusammenfassung der Regelungen über überraschende und mehrdeutige Klauseln in § 305c KF trotz der zwischen beiden Rechtssätzen bestehenden, deutlichen systematischen Unterschiede sowie die Einstellung der zentralen Vorschrift des § 8 AGBG betr. die Schranken der Inhaltskontrolle an nahezu versteckter Stelle als 3. Absatz der Vorschrift des § 307 KF betr. die Generalklauseln der Inhaltskontrolle (bisher § 9 Abs. 1 und 2 AGBG). Auch die

Komprimierung der heterogenen Vorschriften der §§ 23 Abs. 1, 24 und 24a AGBG über den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des AGB-Rechts in dem neuen § 310 KF dürfte sich wohl nur für solche Exegeten als verständlich erweisen, die die bisherigen Regelungen kennen und daher in der Lage sind, Inhalt und Bedeutung der Vorschrift zu durchschauen; das gilt vor allem für die der Umsetzung der Klauselrichtlinie dienenden Regelungsteile des bisherigen § 24a AGBG. Indessen wären diese Mängel behebbar, wenn man es im wesentlichen bei der bisherigen Einteilung belassen und dafür einige zusätzliche a- und b-Vorschriften in Kauf nehmen würde.

Transparenz und Übersichtlichkeit einer Kodifikation hängen indessen nicht zuletzt auch von dem zutreffenden systematischen Standort der jeweiligen Regelungen ab¹⁸. Insofern zeigt sich nun allerdings ein beide Alternativen betreffendes, *unauflösbares Dilemma* jeder Integration des AGB-Gesetzes. Denn wenn man sich für die en bloc-Lösung des DiskE entscheidet, hat das die systematisch unerwünschte, transparenzschädliche Folge, daß zahlreiche Fragen namentlich des Allgemeinen Teils des BGB ihre Regelung an hierfür ungeeigneter, von den Rechtsanwendern nicht erwarteter Stelle im Allgemeinen Schuldrecht finden. Gibt man aus diesen Gründen aber der „System-Lösung“ den Vorzug und verteilt das AGB-Recht dementsprechend auf zwanzig oder mehr Regelungsbereiche des BGB, so entfällt einer der großen Vorteile des AGB-Gesetzes. Er besteht darin, dem nicht voll informierten Rechtsanwender ein einheitliches Regelungsmodell zu präsentieren und es ihm dadurch zu ermöglichen, sich ohne großen Suchaufwand über Grundlagen und legislatorische Ausprägungen des AGB-Rechts zu informieren. Dieses Dilemma ließe sich zwar durch eine mittlere Lösung relativieren, die die Aufspaltung des AGB-Rechts auf wenige Teilblöcke reduziert; an der Grundproblematik würde jedoch auch sie nichts ändern.

b) Was den zweiten Integrationsgrund angeht, das *enge Verwobensein des AGB-Rechts mit dem Schuldrecht des BGB*¹⁹, so vermag er allenfalls teilweise zu überzeugen. An ihm ist zwar richtig, daß die Inhaltskontrolle des § 9 AGBG ihren Schwerpunkt im Schuldvertragsrecht hat und von dort auch ihre Maßstäbe bezieht, jedenfalls soweit es um Fälle gesetzlich geregelter Vertragstypen geht. Demgegenüber betreffen jedoch nicht wenige der Klauselverbote der §§ 10, 11 AGBG Regelungsbereiche des Allgemeinen Teils (vgl. näher unter 3 b bb), und vor allem die Eingangsvorschriften der §§ 2 bis 6 AGBG beziehen sich durchweg auf Materien, die ihren Standort im Allgemeinen Teil des BGB haben. Schließlich blendet die Betonung des engen Zusammenhangs mit dem BGB-Schuldrecht auch die Eigengesetzlichkeit des AGB-Rechts und der ihm unterworfenen, vorformulierten Vertragsbedingungen aus. Auf sie ist mit Blick auf die Kodifikationsidee an späterer Stelle zurückzukommen (vgl. unter III).

c) Wenn die Begründung des DiskE als dritten Grund schließlich anführt, der *Gestaltungsspielraum des dispositiven Schuldrechts* ergebe sich erst aus dem AGB-Gesetz²⁰, so liegt dem entweder ein grundsätzliches Mißverständnis oder aber eine problematische Verkürzung der Perspektive zugrunde. Um ein Mißverständnis würde es sich handeln, wenn die Aussage wörtlich gemeint wäre und auf eine allgemeine, auch Individualvereinbarungen erfassende Inhaltskontrolle abzielte. Solche Tendenzen bestehen in der Tat auf

¹¹ Vgl. die Übersicht bei *U/B/H-Ulmer* (Fn. 2) Einl. Rdn. 10 ff.

¹² Eine Ausnahme gilt – sieht man von der Feststellung bei MünchKomm.-Säcker, BGB, 3. Aufl. 1994, Einl. Rdn. 17 ab, der Gesetzgeber habe vor der Einarbeitung des AGB-Rechts in das BGB resigniert – für die den ersten AGBG-Kommentaren gewidmete Rezension von *Tilmann* ZHR 142 (1978), S. 52 ff., 56 f. Seine Befürchtung, die Einheit des Privatrechts könnte unter der getrennten Kodifikation leiden und die Handhabung des AGB-Gesetzes könnte eigene Wege gehen, hat sich jedoch nicht als berechtigt erwiesen.

¹³ *Westermann*, Verbraucherschutz, in: BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 3, 1983, S. 1 (S. 24 ff., 105 f., 110 ff.).

¹⁴ Daß innerhalb des BMJ der Integrationsgedanke schon kurze Zeit nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes erwogen wurde, lassen allerdings Veröffentlichungen seiner damaligen Mitarbeiter erkennen, vgl. *Schwark* JZ 1978, 741, 745, und *Tilmann* (Fn. 12).

¹⁵ DiskE, Begründung S. 167, 199, 213 u. a.

¹⁶ Vgl. nur *Pfeiffer* (Fn. 2) S. 503 f.; *Ulmer* in: *Schulze/Schulte-Nölke* (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 215, 221 f.

¹⁷ Neben der Einordnung in einen besonderen Abschnitt (vgl. Fn. 6) betreffen sie die Voranstellung der AGB-Definition in § 305 Abs. 1 KF zu Beginn des Abschnitts, die Aufnahme des § 305a KF als Sondervorschrift für die Ausnahmen vom Einbeziehungserfordernis des § 305 Abs. 2 und 3 KF (= § 2 AGBG), die Verselbständigung der Vorrangregelung des § 4 AGBG in § 305b KF sowie die wiederhergestellte Platzierung der Vorschrift des § 6 AGBG betr. die Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit als § 306 KF, d. h. vor den Inhaltskontrollvorschriften. Zur begrüßenswerten Neufassung des § 307 Abs. 3 KF (= § 8 AGBG) vgl. schon Fn. 1.

¹⁸ So zutr. auch *Pfeiffer* (Fn. 2) S. 503.

¹⁹ DiskE, Begründung S. 366.

²⁰ DiskE, Begründung S. 367.

europäischer Ebene²¹; sie haben – wenn auch in stark abgeschwächter Form – auch in § 24a Nr. 2 AGBG ihren Ausdruck gefunden. Demgegenüber hält das deutsche Recht dank der AGB-Definition des § 1 Abs. 1 AGBG im Grundsatz zutreffend an den Erfordernissen der Vorformulierung, der Vielzahl und des einseitigen Stellens der Vertragsbedingungen fest. Es erfaßt dadurch nur einen bestimmten Sektor aller Schuldverträge, insbes. solche im Rahmen des typischen Massenverkehrs, sei es zwischen Unternehmen oder im Verhältnis von Unternehmen und Verbrauchern. Diese sachgerechte Differenzierung sollte gerade auch im BMJ nicht aus dem Auge verloren werden.

Sollten aber – sachlich zutreffend – mit der Aussage nur die unter Verwendung von AGB geschlossenen Verträge gemeint sein, so ist die ihr zugrundeliegende Verkürzung der Perspektive offenkundig. Denn davon, daß das AGB-Gesetz dazu führt, die dem liberalen Leitbild des BGB entsprechende, in § 305 BGB verankerte Vertragsgestaltungsfreiheit grundsätzlich einzuschränken, kann ernsthaft keine Rede sein. Auch für eine Ausstrahlungswirkung der Inhaltskontrollvorschriften der §§ 9 bis 11 AGBG auf das allgemeine Vertragsrecht ist kein Raum. Bestrebungen des VII. Zivilsenats des BGH, „formelhaft“ verwendete Haftungsausschlussklauseln bei Immobiliengeschäften einer auf § 242 BGB gestützten Inhaltskontrolle zu unterwerfen²², stießen bekanntlich auf nachhaltige Kritik und fanden zu Recht keine Fortsetzung. Einer Vermischung von AGB-Recht und allgemeinem Vertragsrecht ist nachdrücklich zu widersprechen; sie wäre unvereinbar mit dem das BGB-Schuldrecht prägenden Grundsatz der Privatautonomie.

d) Nach allem erweisen sich die von den Verfassern des DiskE genannten Gründe für die Integration des AGB-Gesetzes als nicht durchschlagend. Auch sonstige Gründe sind nicht ersichtlich, wie das Fehlen von Integrationsvorschlägen in der bisherigen Diskussion belegt. Insbesondere konnte, wie schon erwähnt, von einem Rechtsanwendungsdefizit in bezug auf das AGB-Gesetz oder vom Außerachtlassen der Sachzusammenhänge zwischen BGB und AGBG trotz getrennter Kodifikationen bisher keine Rede sein. Die Frage nach einem *Integrationsbedürfnis*, dem Ob einer Integration, ist somit klar zu *verneinen*.

3. Die systematischen Aspekte einer Integration

a) Für diejenigen, die entgegen dem soeben erzielten Ergebnis im Grundsatz gleichwohl eine Integration des AGB-Gesetzes in das BGB befürworten, stellt sich als nächstes die Frage nach dem *Wie* der Integration, d. h. danach, ob der *en bloc-Lösung* des DiskE oder aber einem davon grundsätzlich abweichenden Vorgehen in Gestalt der Zuordnung der jeweiligen Vorschriften des AGB-Gesetzes zu den ihnen systematisch entsprechenden Teilen des BGB, der (hier) sog. *System-Lösung*, der Vorzug gebührt. Auf das mit beiden Alternativen verbundene Dilemma wurde schon hingewiesen (vgl. unter 2a). Verkürzt ausgedrückt läßt es sich dahin umschreiben, daß die *en bloc-Lösung* zwar dem Regelungszusammenhang des AGB-Rechts Rechnung trägt, jedoch der Systematik des BGB als einem seiner besonderen Charakter-

züge Gewalt antut, während die System-Lösung als BGB-konformer Ansatz je nach dem Ausmaß der „Systemtreue“ eine Atomisierung des AGB-Rechts zur Folge hat und dadurch die Gefahr begründet, daß dessen tragende Grundsätze aus dem Blick geraten und das AGB-Gesetz seine bisher unverkennbare „Signalwirkung“ einbüßt. Die *en bloc-Lösung* ist m. a. W. AGB-konform, die System-Lösung jedenfalls im Ansatz BGB-konform.

b) Will man sich Klarheit über die *legislatorischen Konsequenzen der System-Lösung* und über die Vorteile verschaffen, die mit ihrer Befolgung im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz an Stelle der *en bloc-Lösung* verbunden wären, so kann man sich nicht darauf beschränken, nur die Zuordnung der „Allgemeinen Vorschriften“ der §§ 2 bis 6 AGBG ins Auge zu fassen (vgl. unter aa). Vielmehr müssen folgerichtig auch die Kataloge unwirksamer Klauseln in §§ 10, 11 AGBG einer systematischen Prüfung unterzogen werden²³. Spätestens an diesem Punkt wird freilich deutlich, wie problematisch ein solches Vorgehen des Gesetzgebers wäre. Aus der Sicht des AGB-Rechts sollte es daher nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden, wenn man die Eigenständigkeit dieses Rechtsgebiets und die ihm zugrundeliegende Regelungsidee nicht schlechthin vernachlässigen oder für verzichtbar erklären will. Daß sich im übrigen bestimmte Teile bzw. Geltungsbereiche des AGB-Gesetzes einer systematischen Zuordnung gänzlich entziehen (vgl. unter cc), sei nur am Rande erwähnt.

aa) Relativ problemlos wäre – von der Art der Aufteilung der Regelungsmaterie im Detail abgesehen – die *Zuordnung der §§ 2 bis 6 AGBG*. Das gilt jedenfalls für die Einbeziehungserfordernisse des § 2 und die insoweit geltenden Ausnahmen des § 23 Abs. 2 und 3 AGBG; sie könnten ihren Platz im Rahmen der Vorschriften über den Vertragsschluß (§§ 145 ff. BGB), etwa als § 156a, finden. Demgegenüber fiel die Zuordnung des Einbeziehungshindernisses des § 3 AGBG betr. überraschende Klauseln schon weniger leicht; insoweit wäre zwischen dem gesetzlichen Umfeld von Irrtum und Dissens zu entscheiden, wobei das Fehlen eines Anfechtungserfordernisses in § 3 AGBG den Ausschlag für einen Standort bei §§ 154, 155 BGB geben könnte. Auch für die Vorrangregelung des § 4 AGBG würde es an einem klaren Anknüpfungspunkt im BGB fehlen; ggf. ließe sich die Vorschrift zwischen Einbeziehung und Auslegung, also als neuer § 156b BGB, einordnen. Einfacher wäre die Entscheidung im Blick auf die Unklarheitenregel: für sie böte sich die Aufnahme hinter § 157 BGB an, dies freilich verbunden mit der Frage, ob dann nicht auch der allgemeine Grundsatz objektiver Auslegung von AGB²⁴ kodifiziert werden müßte, um andernfalls naheliegende Rückschlüsse von der Auslegung individueller Verträge auf diejenige von Formularverträgen auszuschließen. Es bliebe schließlich das Problem der Zuordnung von § 6 AGBG: insoweit würden jedenfalls Abs. 1 und 3 ihren systematisch zutreffenden Platz im Umfeld des § 139 BGB finden, während die für die Lückenfüllung zentrale Vorschrift des § 6 Abs. 2 AGBG dort nur wegen des bestehenden Regelungszusammenhangs eingeordnet werden könnte.

Wollte man – in Relativierung der möglichst systemtreuen Zuordnung – auch dem Gedanken des Regelungszusammenhangs im Rahmen der System-Lösung Rechnung tragen, so käme an Stelle der Einzelzuordnung die Aufnahme eines *neuen Titels* zwischen §§ 157, 158 BGB in Betracht, etwa unter der Überschrift „Vertragsschluß mittels Allgemeinen Ge-

²¹ Vgl. den Bericht von *Schulte-Nölke* NJW 1999, 3176 über Überlegungen in der EG-Kommission, die Klauselrichtlinie nach franz. Vorbild auf alle Arten von Individualverträgen zwischen Unternehmen und Verbrauchern auszudehnen.

²² BGHZ 74, 204, 209 = JZ 1979, 756, 757 mit Anm. *Stürner*; 101, 350, 355; 108, 164, 168 u. a.; zur Problematik dieser Rspr. und zur verbreiteten Lit.-Kritik daran vgl. nur *U/B/H-Ulmer*, AGBG, 8. Aufl. 1997, § 1 Rdn. 76 ff. mit Nachw.

²³ So denn auch *Pfeiffer* (Fn. 2) S. 502 f.

²⁴ Vgl. dazu nur *U/B/H-Ulmer* (Fn. 2) § 5 Rdn. 13 ff.

schäftsbedingungen“. Er würde es gestatten, auch die AGB-Definition des § 1 Abs. 1 AGBG und ihre Abgrenzung vom Individualvertrag in Abs. 2 an dieser Stelle zu regeln und auch im übrigen die Reihenfolge der §§ 2 bis 6 AGBG beizubehalten, ggf. ergänzt um den Ausnahmekatalog des § 23 Abs. 2 und 3 AGBG. Der dafür zu entrichtende Preis, darunter einerseits eine Folge von Zusatz-Paragrafen (§§ 157a bis 157f BGB), andererseits die Auflösung des Regelungszusammenhangs mit der Inhaltskontrolle, wäre allenfalls vertretbar, sollte an der Integration als solcher kein Weg vorbeiführen. Eine systematische stimmige Zuordnung auch der Klauselverbote der §§ 10, 11 AGBG wäre damit jedoch nicht geleistet.

bb) Die eigentlichen Schwierigkeiten einer System-Lösung zeigen sich denn auch erst dann, wenn man es unternimmt, die beiden *Kataloge unwirksamer Klauseln* mit bzw. ohne Wertungsmöglichkeit (§§ 10, 11 AGBG) in die Betrachtung einzubeziehen. Um das zu verdeutlichen, seien im Folgenden die einzelnen Arten verbotener Klauseln den systematisch jeweils nächstliegenden BGB-Vorschriften gegenübergestellt²⁵.

AGB-Gesetz	BGB
§ 10 Nr. 1 1. Fall	§§ 147, 148
2. Fall	§ 271
Nr. 2	§ 326
Nr. 3	(§ 346)
Nr. 4	§§ 315, 316
Nr. 5	(§§ 133, 157)
Nr. 6	§§ 130, 132
Nr. 7 lit. a	§§ 346 ff.
lit. b	(§§ 256, 257)
Nr. 8	(§ 346)
§ 11 Nr. 1	§§ 315, 316
Nr. 2 lit. a	§ 320
lit. b	§ 273
Nr. 3	§§ 387 ff.
Nr. 4	§§ 283, 284; 326 I
Nr. 5	(§§ 286 I, 326)
Nr. 6	§§ 340, 341
Nr. 7	§§ 276, 278
Nr. 8 und 9	§§ 325, 326
Nr. 10 lit. a	§§ 459, 462; 633, 634
lit. b	§§ 462, 476a; 633, 634
lit. c	§ 476a S. 1
lit. d	§§ 480; 633 II iVm § 320
lit. e	(§§ 477; 638)
lit. f	§§ 477; 638
Nr. 11	§§ 463, 480 II; 635
Nr. 12a lit. a	–
lit. b	(§ 625)
lit. c	(§ 621)
Nr. 13	§ 415
Nr. 14 lit. a	§ 164
lit. b	§ 179
Nr. 15 lit. a	§§ 282, 345, 358, 363 u. a.
lit. b	–
Nr. 16	§ 127

Die Übersicht läßt erkennen, daß die beiden Verbotskataloge sich nicht etwa an der BGB-Systematik orientieren. Vielmehr wurden sie anhand von typisch unangemessenen,

²⁵ Die Gegenüberstellung muß sich auf eine Grobübersicht beschränken; Zweifels- oder Grenzfälle sind durch Klammerzusätze angedeutet.

den Gegenstand zahlreicher Inhaltskontrollurteile bildenden Klauseln erstellt und haben von daher ihre Aufteilung und Reihung erfahren²⁶. Wie die rechte Spalte sichtbar macht, wurden durch dieses Vorgehen nicht nur sehr heterogene Teile der ersten beiden Bücher des BGB erfaßt, sondern darüber hinaus auch Bereiche, für die es an einem Pendant im BGB fehlt. Die gelegentlich anzutreffende Vorstellung, es gehe in den §§ 10, 11 AGBG nur oder in erster Linie um Abweichungen vom dispositiven Recht gesetzlicher Vertragstypen des Besonderen Schuldrechts²⁷, ist offensichtlich verfehlt.

Nach allem entziehen sich die beiden Kataloge jedem Versuch, zu einer systematisch überzeugenden Integration des AGB-Gesetzes zu kommen. Sie bilden daher ein unüberwindliches Hindernis jeder strikten System-Lösung. Will man nicht eine – sachlich kaum vertretbare – Differenzierung in Betracht ziehen, die einzelne der Klauselverbote (etwa die auf Kaufverträge u. a. bezogenen Regelungen des § 11 Nr. 10, 11 und 13 AGBG) in das Besondere Schuldrecht überführt und die verbleibenden Teile wie bisher als Ergänzung der Generalklauseln des § 9 AGBG beläßt, so bleibt nur die – aus BGB-Sicht systemwidrige – Beibehaltung des bisherigen Regelungszusammenhangs aller Inhaltskontrollvorschriften. Die System-Lösung stößt insoweit somit auf grundlegende Schranken. Sie bestätigen die These, daß der systematische Ansatz schon als solcher verfehlt ist, weil er von der Eigenständigkeit des AGB-Gesetzes nur unzureichend Kenntnis nimmt.

cc) Für eine Integration nach Maßgabe der System-Lösung nicht zu bewältigen sind schließlich auch eine Reihe von *Besonderheiten des AGB-Rechts*, die sich der BGB-Systematik entziehen. Das gilt namentlich für die Ausdehnung der Inhaltskontrolle auf sachenrechtliche Verträge²⁸ sowie für die Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs des Gesetzes in § 23 Abs. 1 AGBG durch Ausklammerung von Verträgen auf dem Gebiet des Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts. Schwierigkeiten bereiten aber auch die in § 24 AGBG enthaltenen Regelungen über den persönlichen Anwendungsbereich, die systematisch nicht dem BGB, sondern dem Umfeld des HGB zugeordnet werden müßten. Im Blick auf vom Verwender vorformulierte einseitige Rechtsgeschäfte des Kunden würde sich schließlich die Frage stellen, ob es insoweit bei der Analogielösung des geltenden Rechts bleiben könnte²⁹ oder ob, der BGB-Systematik folgend, eine ausdrückliche Regelung geboten wäre. Eine Vertiefung dieser und ähnlicher Fragen ist schon deshalb entbehrlich, weil die strikte System-Lösung sich auch aus sonstigen Gründen als nicht umsetzbar erweist.

c) Als (*Zwischen-*)*Ergebnis* bleibt festzuhalten, daß sich eine systematisch überzeugende, der BGB-Einteilung voll Rechnung tragende Integration des AGB-Gesetzes schon deshalb nicht realisieren ließe, weil ihr die beiden Kataloge verbotener Klauseln in §§ 10, 11 AGBG als unüberwindliches Hindernis entgegenstünden. In Betracht käme allenfalls eine Aufteilung in der Weise, daß die „Allgemeinen Vorschriften“ der §§ 1 bis 6 AGBG in einem neuen Titel des Dritten Abschnitts des Allgemeinen Teils (hinter § 157 BGB) eingeordnet würden, während es für die Inhaltskontrollvorschriften der §§ 8 bis 11 AGBG bei dem im DiskE (KF) vor-

²⁶ Vgl. dazu den Bericht von *Hensen* über die Entstehung der beiden Kataloge, in: *Festschrift Heinrichs*, 1998, S. 335, 338.

²⁷ Vgl. etwa *Pfeiffer* (Fn. 2) S. 503, der freilich neben dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht und einer Verweisung hierauf im Werkvertragsrecht auch § 276 BGB als systematischen Bezugspunkt erwähnt.

²⁸ Vgl. dazu *U/B/H-Ulmer* (Fn. 2) § 1 Rdn. 15.

²⁹ *U/B/H-Ulmer* (Fn. 2) § 1 Rdn. 16 f. m. Nachw.

gesehenen, mit § 305 beginnenden besonderen Abschnitt des Allgemeinen Schuldrechts verbleiben könnte; die Zuordnung der besonderen Vorschriften über den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich bliebe auch hier problematisch. Sachlich würde eine solche „mittlere“ Lösung wohl keine der beiden für die Integration votierenden Lager zu friedensstellen, weil sie weder der Einheit des AGB-Rechts noch dem Anliegen einer die BGB-Systematik respektierenden Zuordnung uneingeschränkt Rechnung trüge. Sie soll daher auch im Folgenden nicht weiter verfolgt werden.

III. Die Eigengesetzlichkeiten des AGB-Rechts als Integrationshindernis

Die vorstehend (unter II) aufgezeigten Integrationsprobleme sind nicht zufälliger Natur. Vielmehr haben sie ihren Grund in den nicht wenigen Besonderheiten, durch die sich das AGB-Recht vom allgemeinen bürgerlichen Recht unterscheidet (vgl. dazu unter 1). Mit Recht ist daher schon festgestellt worden, beim AGB-Gesetz handele es sich um einen aus systematischer Sicht abgrenzbaren und geordneten Rechtsbereich im Sinne eines gegenüber dem BGB eigenständigen, wenn auch begrenzten Kodifikationswerks³⁰ (vgl. unter 2). Schließlich sind es auch Gesichtspunkte der Praktikabilität und Überschaubarkeit des Zivilrechts, die gegen die Integration und für die Beibehaltung eines über hohen Bekanntheitsgrad und große Breitenwirkung verfügenden Sondergesetzes sprechen (vgl. unter 3).

1. Besonderheiten des AGB-Rechts

a) Die zahlreichen Sonderregelungen, die das AGB-Gesetz für Einbeziehung, Auslegung, Teilunwirksamkeit, Inhaltskontrolle u. a. von AGB und Formularverträgen bereithält, sind bekannt; sie bedürfen daher keiner besonderen Hervorhebung. Für vorformulierte Vertragsbedingungen i.S.v. § 1 Abs. 1 AGBG führen sie zu einem *Sonderrecht*, das die Vorschriften des BGB über Rechtsgeschäfte und über den Inhalt von Verträgen zwar nicht verdrängt, wohl aber überlagert und im Kollisionsbereich Vorrang beansprucht. Der *Regelungsgrund* (Normzweck) für dieses Sonderrecht findet sich nach heute ganz h.M. im Schutz des Kunden vor den Gefahren einseitiger Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsfreiheit seitens des über den AGB-Inhalt entscheidenden Verwenders³¹. Demgegenüber bildet der *Verbraucherschutz* – sieht man ab von den Sondervorschriften des § 24a AGBG zur Umsetzung des EG-Klauselrichtlinie³² – keinen eigenen Schutzzweck der AGB-Gesetzes, sondern geht in dem umfassenden, nicht auf bestimmte Personengruppen bezogenen Schutzzweck auf³³. Schon deshalb enthält auch die im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung vorgesehene BGB-Integration der verschiedenen dem Verbraucherschutz dienenden Sondergesetze³⁴ kein Präjudiz für das AGB-Gesetz.

b) Besonderheiten gelten aber auch, was selbst in Fachkreisen nicht allgemein bekannt ist, für die *Rechtsnatur der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Wenn die Definitionsnorm des § 1 Abs. 1 AGBG insoweit von „Vertragsbedingungen“ spricht (allerdings solchen, die dem anderen Ver-

tragsteil „gestellt“ werden und besonderen Einbeziehungsanforderungen unterliegen), so begründet das die Gefahr eines Mißverständnisses. Denn zu Vertragsbedingungen werden die AGB erst, nachdem sie vom Kunden akzeptiert und nach Maßgabe der §§ 2, 3 AGBG in den Vertrag einbezogen worden sind. Bis dahin sind sie aber rechtlich nicht etwa irrelevant, sondern bilden den Anknüpfungspunkt nicht nur für die schon genannten Einbeziehungsvoraussetzungen, sondern auch für die Unterlassungsklage gegen Verwender oder Empfehler von AGB nach § 13 AGBG. Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.v. § 1 Abs. 1 AGBG liegen m.a.W. schon dann vor, wenn der Verwender ein entsprechendes Klauselwerk für eine Vielzahl künftiger Verwendungsfälle erstellt hat. Darauf, ob und in wievielen Fällen bereits eine Einbeziehung in Einzelverträge erfolgt ist, kommt es für den AGB-Begriff nicht an.

Die Frage nach der zutreffenden Bestimmung der Rechtsnatur der AGB beschäftigt das Zivilrecht schon seit über 100 Jahren, ohne daß bisher eine eindeutige Antwort gefunden worden wäre. Bekannt sind etwa die *Definitionsversuche des RG*, die auf den Verwendungszweck der AGB abstellen. So heißt es in einer Entscheidung des I. Zivilsenats aus dem Jahr 1904³⁵,

„AGB ... stellen im Interesse einer Erleichterung des Geschäftsverkehrs im voraus und in typischer Weise die Bedingungen fest, unter welchen der Unternehmer gewisse Geschäfte zu kontrahieren gesonnen ist. Sie werden ... in gedruckten Formularen an die Kunden gegeben und bilden, wenn demnächst ein Geschäftsabschluß erzielt wird, mit ihren Einzelbestimmungen die *lex contractus* ... Sie sind bestimmt und geeignet, Bestandteile der demnächst abzuschließenden Verträge zu werden.“

Und der VII. Zivilsenat äußert sich in einer Entscheidung aus dem Jahr 1912³⁶ in ähnlicher Weise zu Versicherungsbedingungen,

„die eine Versicherungsgesellschaft oder gar ganze Verbände von Versicherungsgesellschaften für gleichartige Versicherungsverhältnisse ein für alle Mal als maßgebliche Grundsätze aufstellen. Sie sind dazu bestimmt, soweit nicht im Einzelfall Abweichendes besonders vereinbart wird, jedem einzelnen Versicherungsnehmer gegenüber Vertragsinhalt zu werden und also alle Vertragsverhältnisse der entsprechenden Art in den in Betracht kommenden Punkten übereinstimmend zu regeln.“

In seiner umfassenden Monographie zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat *Ludwig Raiser* deren Rechtsnatur jedenfalls bei verbreiteter Verwendung dahin bestimmt, es handele sich um einen Fall der Verkehrssitte als eine Art gruppenspezifisches Gewohnheitsrecht³⁷. Bis in die neuere Zeit hat sich schließlich auch die früher verbreitete Meinung erhalten, es gehe um „selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft“, d. h. um eine spezielle Art von Rechtsnormen³⁸.

Die Frage bedarf hier keiner Entscheidung, sieht man von der spätestens durch das AGB-Gesetz überholten „Normentheorie“ ab³⁹; der rechtsgeschäftliche Geltungsgrund der AGB und die grundsätzliche Notwendigkeit ihrer Einbeziehung in den Einzelvertrag durch Willensübereinstimmung beider Seiten stehen heute außer Zweifel. Für die Rechtsnatur

³⁴ Dazu vgl. näher *W.H. Roth* JZ 2001, 475 (in diesem Heft).

³⁵ *RGZ* 58, 152, 155.

³⁶ *RGZ* 81, 117, 119.

³⁷ *L. Raiser*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, S. 81 ff.

³⁸ So der Sache nach *Meyer-Cording*, Die Rechtsnormen, 1971, S. 84 ff., 97 ff., 131 ff.; *Pflug*, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986, insbes. S. 248 ff.; *ders.* AG 1992, 3 ff.; aus früherer Zeit vgl. insbes. *Großmann-Doerth*, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, 1933, passim, sowie *ders.* JW 1929, 3447 und JW 1930, 3724. Weit. Nachw. bei *L. Raiser* (Fn. 37) S. 61 und bei *Pflug* aaO S. 6 ff.

³⁹ Vgl. dazu näher *U/B/H-Ulmer* (Fn. 2) Einl. Rdn. 22 ff., 27.

³⁰ So *Karsten Schmidt*, Die Zukunft der Kodifikationsidee, 1985, S. 50 f.

³¹ Vgl. nur *U/B/H-Ulmer* (Fn. 2) Einl. Rdn. 28 ff., 32 m. umfass. Nachw. zum Diskussionsstand.

³² RiL 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Abl. Nr. L 95 v. 21. 4. 1993, S. 29 ff.

³³ *Ulmer* (Fn. 31) Rdn. 34a.

der AGB als solcher, d. h. als einseitig aufgestelltes, für künftige Vertragsschlüsse bestimmtes Regelwerk, ist damit freilich nichts gewonnen. Soweit es um das Integrationsvorhaben des DiskE geht, bleibt jedenfalls festzuhalten, daß es sich bei den AGB um eine *eigenständige Rechtskategorie im Vorfeld der Rechtsgeschäftslehre* handelt, die im BGB bisher keine Entsprechung findet. Die vorgesehene Integration würde also unvermeidlich zu einer Ausweitung der BGB-Regelungen über Rechtsgeschäfte führen, ohne daß damit für Rechtsmaterien außerhalb des AGB-Rechts ein Erkenntnisgewinn verbunden wäre. Es erscheint zumindest zweifelhaft, ob die Befürworter einer Integration sich über diese der BGB-Transparenz abträgliche Konsequenz im Klaren sind.

c) Eine dritte Besonderheit des AGB-Rechts ist schließlich *methodischer Art*. Sie besteht darin, daß bei der Rechtsanwendung durch die Gerichte jedenfalls im Bereich der Inhaltskontrolle nicht die Subsumtion des Einzelfalls unter vorgegebene Rechtsvorschriften in Frage steht, sondern die *Ausübung richterlicher Gestaltungsmacht* in bezug auf den zulässigen Inhalt vorformulierter Verträge⁴⁰. Während Rechtsgestaltung durch die Gerichte im Vertragsrecht sonst nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt wie insbes. bei grundsätzlichen Änderungen der Geschäftsgrundlage oder in Fällen ergänzender Vertragsauslegung⁴¹, läßt sich die Rechtsgestaltung jedenfalls bei Anwendung der *Generalklauseln* des § 9 AGBG schon fast als Regel bezeichnen. Denn danach obliegt es den Gerichten, die Gestaltungsgrenzen vorformulierter Verträge aufgrund allgemeiner Vorgaben herauszuarbeiten und auf diesem Wege den angemessenen Inhalt von im Rechtsleben verbreiteten Vertragstypen auch ohne gesetzgeberisches Eingreifen für künftige Fälle vorzuzeichnen. Entsprechende Entwicklungen waren in den letzten 20 Jahren auf zahlreichen bisher unregulierten Feldern wie dem Leasing-, Factoring- oder Vertragshändlervertrag, dem Kreditkartenvertrag, dem Bankvertrag oder dem Recht der Sicherungsgeschäfte zu beobachten⁴². Hinzukam die Konkretisierung nur rudimentär geregelter Vertragstypen wie der Bürgschafts- oder Darlehensvertrag, der Makler- oder Mietvertrag sowie der Versicherungsvertrag, um nur einige wichtige Beispiele zu nennen⁴³. Die Gerichte haben sich dieser Aufgabe mit Nachdruck und beachtlicher Sachkunde angenommen; die für das AGB-Recht im Zentrum stehende Inhaltskontrollrechtsprechung ist auf diese Weise zu einem wichtigen Bestandteil unserer Rechtskultur geworden. Eine Integration des AGB-Gesetzes in das BGB würde auch auf diesem Felde Gefahr laufen, Ausstrahlungen auf andere Rechtsgebiete zu entfalten und dadurch die der Justiz im allgemeinen Vertragsrecht zukommende Rolle entgegen den Grundsätzen der Privatautonomie von einer kontrollierenden zu einer gestaltenden Funktion zu modifizieren.

2. Der Kodifikationscharakter des AGB-Gesetzes

Die vorstehend aufgezeigten Besonderheiten des AGB-Rechts bilden die Grundlage für die zutreffende Feststellung

von *Karsten Schmidt*, im AGB-Recht habe sich ein systematisch abgrenzbarer und geordneter Rechtsbereich im Sinne eines begrenzten Kodifikationswerks formiert⁴⁴. In der Tat sind die dort anzutreffenden rechtstatsächlichen Besonderheiten und die rechtlichen Instrumente zu ihrer Bewältigung unverkennbar durch die Sachgesetzlichkeiten vorformulierter Vertragsbedingungen geprägt; für eine Ausdehnung auf andere Erscheinungsformen privatrechtlicher Verträge ist kein Raum. Dementsprechend unterscheidet sich auch die Kodifikationsidee des AGB-Gesetzes grundlegend von derjenigen des BGB und insbes. des Schuldvertragsrechts. Stehen bei diesem nach wie vor die Prinzipien von *Privatautonomie und Vertragsfreiheit* als Ausdruck des liberalen Vertragsdenkens aus der Entstehungszeit des BGB im Mittelpunkt und sind sie bisher nur in Randbereichen, insbes. im Mietrecht und Reisevertragsrecht eingeschränkt worden⁴⁵, so ist das AGB-Gesetz im Gegensatz dazu am Ziel der *Vertragsgerechtigkeit* orientiert, der es trotz – oder besser wegen – der faktischen Vertragsgestaltungsmacht des Verwenders zum Durchbruch verhelfen will.

Angesichts dieser grundsätzlich divergierenden Kodifikationsprinzipien muß die im DiskE vorgesehene Integration des AGB-Gesetzes in das BGB zwangsläufig zu einer problematischen Überlagerung, wenn nicht sogar Vermischung der beiden bisher getrennten Gesetzeswerke führen. Sie begründet die Gefahr, wegen des Nebeneinander unterschiedlicher Regelungsziele zu dysfunktionalen Wirkungen bei der Rechtsanwendung zu gelangen, sollte es zur Ausstrahlung von Regelungen des einen Bereichs auf den anderen trotz der für diesen geltenden, im Ansatz abweichenden Beurteilungsgrundlagen kommen. Auf die problematische Tendenz des VII. Zivilsenats des BGH, die für AGB geltende richterliche Inhaltskontrolle auf „formelhaft“ verwendete Haftungsausschlussklauseln in Individualverträgen zu übertragen, wurde schon hingewiesen⁴⁶. Dabei handelte es sich freilich nur um *einen* von zahlreichen denkbaren Überlagerungsbereichen, noch dazu aus einer Zeit, in der die Kodifikationen getrennt und Überlagerungen oder Ausstrahlungen deshalb weniger naheliegend waren.

Andere mögliche Bereiche bilden etwa die Auslegung von AGB unter Relativierung des Grundsatzes objektiver Auslegung im Hinblick auf §§ 133, 157 BGB, ferner das Verhältnis zwischen § 9 Abs. 1 AGBG und § 138 BGB oder dasjenige von § 6 Abs. 1 AGBG und § 139 BGB. Auch das aus § 6 Abs. 1 und 2 AGBG folgende Verbot geltungserhaltender Reduktion, das die Rechtsprechung schon in der Vergangenheit nicht stets in der gebotenen Weise respektiert hat⁴⁷, liefe Gefahr, als Integrationsfolge weiter aufgeweicht zu werden. Schließlich wäre auch fraglich, ob die auf § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG gestützte Rechtsprechung zur Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses bei leicht fahrlässiger Verletzung gesetzlicher Kardinalpflichten⁴⁸ angesichts des Fehlens entsprechender Klauselverbote und angesichts der in § 276 BGB zum Ausdruck gelangten abweichenden Wertungen beibehalten würde.

Die aufgezeigten Gefahren sind mit einer Integration des AGB-Gesetzes in das BGB zwar nicht zwangsläufig verbunden. Es liegt jedoch zumindest nicht fern, daß die Integration zu einer Vermischung der im Ansatz klar getrennten Rechts-

⁴⁰ Das betont zutr. auch *M. Wolf*, in: Festgabe 50 Jahre BGH, 2000, Bd. 1 S. 111, 114.

⁴¹ Zu den den Gerichten insoweit nach allg. Recht gesetzten Gestaltungsgrenzen vgl. nur *Flume*, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, 2. Bd., 3. Aufl. 1979, § 26 Ziff. 6 S. 518 ff., Ziff. 7 S. 526 f. und *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl. 1994, Rdn. 343 f., 877 ff.; ferner *Soergel-M. Wolf*, BGB, 12. Aufl. 1988, § 157 Rdn. 104 ff., 122 ff. (betr. ergänzende Vertragsauslegung); MünchKomm.-*Rotb.*, BGB, 3. Aufl. 1994, § 242 Rdn. 544 ff., 551 (betr. Störung der Geschäftsgrundlage).

⁴² Vgl. Nachw. bei *U/B/H* (Fn. 2) Anh. §§ 9 bis 11 Rdn. 345 ff., 452 ff., 460 ff. und 870 ff.

⁴³ *M. Wolf* (Fn. 40) S. 114.

⁴⁴ Vgl. Nachw. in Fn. 30.

⁴⁵ Vgl. nur *Larenz/Wolf*, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, 8. Aufl. 1997, § 2 Rdn. 15 ff, 39 ff.

⁴⁶ Vgl. Nachw. in Fn. 22.

⁴⁷ Dazu *U/B/H-H. Schmidt*, AGBG, 9. Aufl. 2001, § 6 Rdn. 14 ff., 15a.

⁴⁸ Vgl. näher *U/B/H-Brandner*, AGBG, 9. Aufl. 2001, § 9 Rdn. 144, 150 ff. m. weit. Nachw.

materien bei ihrer Umsetzung führt. Wie realistisch diese Gefahr ist, zeigt auch die Entwurfsbegründung, die die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf das BGB-Schuldrecht sogar ausdrücklich als einen der Integrationsgründe angeführt hat⁴⁹.

3. Die Praktikabilität der Beibehaltung getrennter Kodifikationen

Besinnt man sich auf die Eingangsfeststellung (unter I), daß Rechtsanwendungsdefizite im AGB-Recht unter der nahezu 25-jährigen Geltung des AGB-Gesetzes nach ganz h.M. nicht zu beobachten waren und daß es auch keine Schwierigkeiten bereitete, den sachlichen Zusammenhang zwischen bürgerlichem Recht und AGB-Recht im Auge zu behalten, so liegt auch darin ein Grund, dem Integrationsvorhaben des BMJ mit Skepsis zu begegnen. Denn dieses Vorhaben würde ein gut funktionierendes Normensystem aus den Angeln heben, noch dazu ohne daß sich dafür überzeugende Gründe sachlicher oder systematischer Art anführen ließen. Während das AGB-Recht seinen Praxistest seit langem bestanden hat und sein Fundort jedem im Vertragsrecht tätigen Juristen vertraut ist, müßte im Fall der Integration des AGB-Gesetzes unabhängig von ihrer Einzelausgestaltung mit der Gefahr gerechnet werden, daß es aus den genannten Gründen zu funktionswidrigen Ausstrahlungen der beiden Regelungsmaterien, wenn nicht sogar zu Verwerfungen zwischen ihnen kommt. Mit Fortschritten bei der Rechtsanwendung wäre keinesfalls zu rechnen, wohl aber mit drohenden Nachteilen und Transparenzdefiziten.

So begrüßenswert das Bestreben des DiskE im Grundsatz ist, das BGB-Schuldrecht auf neuen Stand zu bringen und mit dem Wildwuchs der Sondergesetze durch deren Einbeziehung in die umfassende Kodifikation aufzuräumen, sollte darunter doch das rechtspolitische Augenmaß nicht leiden. Reformen, die die Praktikabilität eines wohl etablierten Gesetzes beeinträchtigen und zur Schwächung der von ihm ausgehenden Signalwirkung führen können, sollten unterbleiben. Das gebietet nicht nur der schonende Umgang mit den knappen legislatorischen Ressourcen, sondern auch und vor allem das rechtspolitische Interesse an Gesetzesregelungen, die den Besonderheiten der zu regelnden Materie auch durch ihren Standort angemessen Rechnung tragen.

Der Integrationsvorschlag des BMJ war zwar schon deshalb verdienstvoll, weil er Anlaß dazu gab, eingehender über den sachgerechten Standort des AGB-Rechts nachzudenken. Das Ergebnis dieses Nachdenkens kann jedoch nicht zwei-

felhaft sein: die Erhaltung des AGB-Gesetzes als eigenständige Kodifikation verdient in jedem Fall den Vorzug vor seiner Integration in das BGB. Das bestätigt nicht zuletzt auch der rechtsvergleichende Blick auf die Behandlung des AGB-Rechts in den anderen EU-Mitgliedstaaten und in der Schweiz⁵⁰.

IV. Schluß

1. Die im Diskussionsentwurf angeführten Gründe für eine Integration des AGB-Gesetzes in das BGB haben sich als nicht tragfähig erwiesen. Ein Integrationsbedürfnis ließ sich angesichts der langjährigen, durchweg positiven Erfahrungen im Umgang mit dem AGB-Gesetz nicht feststellen. Die geplante Integration der Verbraucherschutzgesetze in das BGB enthält kein Präjudiz für das anderen Schutzzwecken dienende AGB-Gesetz.

2. Auch die erheblichen Probleme, die sich mit der Art und Weise einer Integration des AGB-Gesetzes in das BGB verbinden, sprechen dafür, auf das Vorhaben zu verzichten. Denn die im DiskE vorgesehene bloc-Lösung durch Integration in das Allgemeine Schuldrecht tut der Systematik des BGB Gewalt an; sie würde das AGB-Recht zu einem Fremdkörper im Regelungskontext machen. Noch weniger geeignet wäre aber die verschiedentlich favorisierte System-Lösung, da sie zu einer Zerstückelung des AGB-Rechts unter Aufteilung auf eine Vielzahl von Regelungsmaterien des Allgemeinen Teils sowie des Allgemeinen und Besonderen Schuldrechts führen müßte. Dadurch würde sie das Transparenz-Anliegen des DiskE konterkarieren.

3. Die bestehenden Integrationsprobleme beruhen letztlich auf den zahlreichen Besonderheiten, durch die sich das AGB-Recht vom allgemeinen Vertragsrecht unterscheidet. Zu Recht ist deshalb das AGB-Gesetz als zwar begrenzte, jedoch gegenüber dem BGB eigenständige Kodifikation bezeichnet worden. Die vorgeschlagene Integration würde die Gefahr begründen, diese Unterschiede zu verwischen und zu Verwerfungen im BGB-Vertragsrecht zu führen.

4. Dem BMJ ist nach allem dringend zu empfehlen, auf die das AGB-Gesetz betreffenden Integrationspläne zu verzichten. Es sollte die begrenzten Ressourcen vielmehr auf die vielen sonstigen Probleme der – insgesamt übereilt erscheinenden – Schuldrechtsreform konzentrieren.

⁵⁰ Dort überwiegt die Regelung des AGB-Rechts in einem Sondergesetz oder als Teil eines Konsumentenschutzgesetzes; die vom DiskE angestrebte en bloc-Lösung im Rahmen des ZGB findet sich nur in einer der fünfzehn in den Vergleich einbezogenen Rechtsordnungen (dem niederländ. ZGB); vgl. die Nachw. bei Ulmer (Fn. 16), S. 215, 222f.

⁴⁹ DiskE, Begründung S. 366f.

Diskussionsbericht zu den Vorträgen von W.-H. Roth und Ulmer

Müller-Graff wandte sich gegen vorschnelle Schlussfolgerungen aus dem Tabak-Urteil des *EuGH* für die Frage der Kompetenz zum Erlass von Richtlinien aufgrund von Art. 95 EGV. Nach dem bisherigen Verständnis der Kommission ergebe sich aus Art. 95 in zwei Fällen eine Gesetzgebungskompetenz, zum ersten zur Überwindung von Hindernissen für die Wahrnehmung der Grundfreiheiten und zum zweiten zur Beseitigung von Wettbewerbsverfälschungen. Das Tabak-Urteil ändere diese Kompetenzgrundlage nur für einen einzigen Punkt. Nunmehr sei klargestellt, dass eine „spürbare“ Wettbewerbsverzerrung vorliegen müsse, die substantiiert vorzutragen sei. Da auch Verbraucher die Wahrnehmung ihrer Grundfreiheiten einfordern können, trage Art. 95 EGV die Klauselrichtlinie und die Kaufrechtsrichtlinie ohne weiteres. Ein Problem könne allenfalls bei der Haustürwiderrufsrichtlinie entstehen. Es sei eine Illusion, dass die Verbraucherrichtlinien durch die Anrufung des *EuGH* beseitigt werden könnten. Zur Frage der systematischen Lokalisation des Verbraucherschutzes meinte Müller-Graff,

dass Verbraucherschutz vor allem als Recht der einseitigen Handelsgeschäfte eingeordnet werden solle. Ein wirkliches Problem sah Müller-Graff im Gesetzgebungsstil der Richtlinien. Längerfristig empfehle es sich möglicherweise, Verordnungen zu erlassen, die eine solidere Grundlage für das Europäische Verbraucherrecht sein könnten.

Medicus meinte, dass man den Verbraucherschutz wohl oder übel in das BGB hineinnehmen müsse. Die Folge seien jedoch Brüche innerhalb des Gesetzbuches. Dies zeige sich schon an der Sprache. Während das BGB kaum Adjektive verwende, enthielten die Richtlinien zahlreiche Wörter wie „vernünftigerweise“ und ähnliche. Einen Wertungsbruch sah Medicus auch darin, dass mit der Umsetzung im BGB einige Teile (wie beispielsweise das Kaufrecht) als zwingendes Recht ausgestaltet würden, andere Vertragstypen hingegen dispositiv blieben. Dies lasse sich dann nur noch historisch durch den beschränkten Regelungsanspruch des Gemeinschaftsgesetzgebers erklären. Derartige Wertungsbrüche seien aber ohnehin unvermeidlich. Sie würden auch ent-