

IWRZ

Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
1/2024 | Seiten 1–52

Friedrich Graf von Westphalen

Eine nicht überwindbare Brandmauer

Editorial



Eigentlich sollte es nicht der Sinn eines editorials sein, bei einem anderen editorial und dessen Autor weithin Anleihen zu machen. Das klingt verdächtig nach Plagiat, zumindest aber nach Abschreiben, vielleicht auch – wenn es denn hoch kommt – nach Nachbeten. Das schickt sich nicht. Punktum. Doch wenn man, so hat man es uns bereits im Studium beigebracht, sorgsam zitiert und die Gedanken des Autors, dessen Text zum abschreibenden Nachdenken anregt, zitatengetreu wiedergibt, dann ist dies durchaus mit dem wissenschaftlichen Eros vereinbar. Das gilt zumal dann, wenn – wie hier – die hier zu referierenden Gedanken eines Dritten uneinholbar zutreffend sind. Neidlos-ankennend sind sie daher hier in den Mittelpunkt zu rücken. Und es sind auch Ross und Reiter zu benennen, was dann jedenfalls auch mit den Grundsätzen redlicher journalistischer Arbeit vereinbar ist.

Nun, der „Reiter“, um den es hier geht, trägt einen höchst illustren Namen. Es ist einer, der allemal für die nationale Equipe nominiert ist, und dies schon seit langen Jahren, natürlich höchst erfolgreich und von der Konkurrenz im weiten Land rückhaltlos anerkannt. Er trägt den Namen des maßgebenden Kommentars zum BGB, dessen Herausgeber er ist: *Christian Grüneberg*. Und das „Ross“, das er so souverän über den Parcours geritten hat, ist seine mustergültige Kommentierung zum AGB-Recht, aber jetzt auch sein editorial in der ZHR 2023, 429 ff., sozusagen – in der Sprache des Reitsports, ist dieses „Ross“ ein altes, ein sehr altes Schlachtross, eines, das schon viele Turniere gewonnen und prächtige Pokale seinem Reiter zur Ehr nach Hause gebracht hat. So manches große oder auch mittelschwere Hindernis – Mauer, Trippelbahre und Wassergraben eingeschlossen – hat es im Lauf seiner langen Turnierkarriere mit Bravour übersprungen. Es blieb immer ein Null-Fehler-Ritt. Und die vorgegebene Zeit wurde auch stets eingehalten.

Der Name des vom „Reiter“ zu bewältigenden Parcours ist immer derselbe: Die seit Inkrafttreten des AGB-Gesetzes am

1. April 1977 immer wieder aufflammenden, nie ganz zum Still-schweigen gekommenen politischen Reformvorhaben. Seit fast 50 Jahren sträuben sie sich mehr oder weniger beharrlich gegen die strenge Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr. Diese soll im Interesse der einseitigen Vertragsfreiheit des Verwenders nur höchst zurückhaltend beschnitten werden. Doch schon seit langen Jahren hat sich *Christian Grüneberg* als „Reiter“ in glasklarer Aussage an dieser Stelle festgelegt. Die Rechtsprechung des BGH, so resümiert er seit Langem, „führt zu tragfähigen Ergebnissen“, um dann anzufügen: „Eine in der Literatur geforderte ‚Kehrtwende‘ ist nicht erforderlich“ (§ 307 Rn. 38).

Doch der Ritt, den *Christian Grüneberg* kürzlich in der ZHR mit hoher Meisterschaft absolviert hat, zeigt den souveränen Stilisten; die Hindernisse nimmt er fast schon im Schlaf. Hindernis Nummer eins – ein furchterregender Oxer: Das Herausarbeiten des Schutzzwecks der richterlichen Inhaltskontrolle. Die Reformer meinen immer, dieser sei an der Informationsasymmetrie, an der größeren Verhandlungs- und Wirtschaftsmacht zwischen Verwender und Kunde festzumachen. Dieses Verständnis lässt im unternehmerischen Verkehr nicht im Mindesten eine Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers erkennen, welche mit der des Unternehmers auch nur ansatzweise gleichzuachten ist. Doch entgegen der unausrottbaren Ansicht der Reformer geht es der Rechtsprechung des BGH seit Anfang an gerade nicht um ein solches Verständnis des Schutzzwecks des AGB-Kontrollrechts (BGH NJW 1976, 2345), sondern entscheidend und allein darum, der einseitigen Vertragsgestaltungsmacht des Verwenders der AGB entgegenzuwirken (ZHR 2023, 429) und dabei Maß zu nehmen an den Geboten des dispositiven Rechts und den dort niedergelegten Gerechtigkeitsvorstellungen des parlamentarischen Gesetzgebers (BGH NJW 2017, 2986 Rn. 64). Insofern sind Unternehmer und Verbraucher gleichermaßen schutzwürdig (Rn. 66). Denn dispositives Recht gilt im Sinn des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB für beide gleichermaßen.

Hindernis Nummer zwei – ein unangenehm breiter Wassergraben: Der Begriff des Aushandelns nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB – dies ist immer mehr als ein reines Verhandeln – ist schon vor Erlass des AGBG im Kern fixiert worden: Die Bereitschaft des Verwenders zur „Abänderung der Bedingungen“ muss dem Vertragspartner bei Abschluss des Vertrages bewusst gewesen sein

(BGH NJW 1977, 624). Daran hat sich seither kaum etwas geändert – außer, dass sich die Abänderungsbereitschaft des Verwenders auf den „gesetzesfremden Kerngehalt“ der jeweiligen Klausel beziehen muss. Dieser muss ernsthaft zur Disposition dem Kunden an die Hand gegeben werden.

Hindernis Nummer drei bis fünf – Gatter, Zweierkombination und Stangen. Sie sind in dem seit 1977 zu bewältigenden Parcours neu; sie sind nämlich Teil neuer Vorschriften des Unionsrechts (ZHR 2023, 429 (434 ff.)). Doch auch diese sind dem „Reiter“ bestens vertraut. Denn es besteht mit wesentlichen Aussagen des deutschen AGB-Rechts – und zwar im unternehmerischen Bereich – weitgehende Kongruenz. Also: Vor diesen drei Hindernissen kein Zurücknehmen der Galoppade. Voller Speed. Es geht ja auch um die Bestzeit. Hindernis Nummer drei – Gatter: Die äußerst weite Definition des Begriffs der AGB in der Plattform-VO (Art. 2 Nr. 10 der P2B-VO (EU) 2019/1150), für den Verwender durchaus kein Honigschlecken. Dort ist allerdings klargestellt (ZHR 2023, 429 (434)), dass der Begriff des „Verhandelns“ nicht ausreicht, eine Individualabrede zu schaffen. Das deckt sich mit der Grundaussage von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB.

Hindernis Nummer vier – Zweierkombination: Die für KMUs geltenden strengen AGB-Regeln des Art. 13 des Datengesetzes. Unfair ist danach eine AGB-Klausel, wenn sie – das Vorbild des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB lässt grüßen – entgegen den Geboten von Treu und Glauben und redlichem Geschäftsverkehr grob von der guten Geschäftspraxis beim Datenzugang und der Datennutzung abweicht (ZHR 2023, 429 (435)). Doch man ersetze nur das Adjektiv „grob“ durch das Wort missbräuchlich, wie dies der Judikatur des BGH zu § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB entspricht (BGH NJW 2010, 57 Rn. 18), dann ist die Parallele zwischen Unions- und nationalem Recht perfekt. Und noch dies – drei Galoppsprünge zwischen den Hindernissen: § 309 Nr. 7 b BGB mit seinem Verbot einer Freizeichnung oder Beschränkung der Haftung bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Pflichtverletzung gilt nach der Rechtsprechung des BGH (BGH NJW 2007, 3774) auch für den unternehmerischen Bereich, aber auch nach Art. 13 Abs. 2 lit. a Datengesetz. Jetzt – Aussprung zweites Hindernis: Der Ausschluss der Haftung bei einer Nichterfüllung von Ver-

tragspflichten ist nicht wirksam (Art. 13 Abs. 2 lit. c Datengesetz). Das Konzept einer freizeichnungsfesten „Kardinalpflicht“ nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB lässt grüßen.

Hindernis Nummer fünf – Stangen und Steilsprung: In der Geoblocking-VO (2018/302) findet sich in Art. 2 Nr. 14 der Begriff des Aushandelns als Voraussetzung für eine Individualvereinbarung (ZHR 2023, 429 (433)). Abgrenzen will der Unionsgesetzgeber hier diese „im Einzelnen“ eine AGB erfassende Ausnahme gegenüber Vertragsbedingungen, welche – etwas verkürzt gesagt – „für den Zugang von Kunden zu Waren oder Dienstleistungen gelten“. Die Parallele könnte zu § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht deutlicher sein.

Für alle die, welche eine Reform des AGB-Kontrollrechts im unternehmerischen Verkehr befürworten, heißt es: Hindernisse drei bis fünf bleiben wegen ihres unionsrechtlichen Ursprungs bestehen. Doch mit einiger Sicherheit ist zu erwarten, dass der Unionsgesetzgeber – gerade auch im Bereich des Datenrechts – noch weitere Vorhaben auf seinem Programm hat, so dass zusätzliche Anleihen an deutschen AGB-Vorbildern genommen werden dürften. Das deutsche AGB-Recht ist also in Europa angekommen und macht sich – teilweise sogar weitergehend – als zwingendes Recht im unternehmerischen Bereich breit.

Christian Grüneberg hat - so zeigt es das Turniertableau - einen glänzenden Ritt absolviert. Er hat aber auch, wenn man seine Schlusssatz eine wenig dehnt, eine unüberwindbare Brandmauer aufgezeigt: Wenn der Gesetzgeber in der Tat das seit fast fünf Jahrzehnten in seinen Grundfesten gefügte AGB-Kontrollrecht im unternehmerischen Verkehr abschwächt oder gar weithin – etwa sektoral – streicht, dann bleibt die Inhaltskontrolle nach § 242 BGB als unüberwindbares Hindernis, als Privileg der Judikatur (ZHR 2023, 429 (437)). Dieses Kontrollinstrument stand, wie man sich erinnern möge, am Beginn der Rechtsentwicklung zur Beschränkung einseitiger Gestaltungsmacht, welche sonst – um eine Sentenz des Bundesverfassungsgerichts aufzugreifen – Fremdbestimmung des anderen Vertragsteils bewirkt und so das Verdikt des Art. 2 Abs. 1 GG nach sich zieht.

RA Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Lohmar