

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 233

**Die Inhaltskontrolle  
von Verbraucherverträgen**

Von

**Georg Borges**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**GEORG BORGES**

**Die Inhaltskontrolle  
von Verbraucherverträgen**

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

**Band 233**

# Die Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen

Von  
Georg Borges



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Borges, Georg:**

Die Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen / Georg Borges. –

Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 233)

ISBN 3-428-10030-1

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-10030-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 

## Vorwort

Die Kontrolle von Verbraucherverträgen nach dem AGB-Gesetz unterliegt seit der AGBG-Novelle 1996 mit der Einführung des § 24a AGBG besonderen Regeln. Die Auswirkungen des § 24a AGBG auf die Praxis der Klauselkontrolle sind noch weitgehend ungeklärt.

Die Klauselrichtlinie von 1993 und ihre Umsetzung durch die AGBG-Novelle 1996 haben in der Literatur eine intensive und sehr kontroverse Diskussion über die Kontrolle von Verbraucherverträgen nach dem ABG-Gesetz ausgelöst. Vor allem in bezug auf den Kontrollmaßstab sind zahlreiche Fragen umstritten, eingehende Erörterungen der Problematik jedoch selten. Dies gab Anlaß, die Besonderheiten der Klauselkontrolle von Verbraucherverträgen nach dem reformierten AGB-Gesetz zu erörtern.

Die Untersuchung entstand während meiner Tätigkeit am Institut für Bankrecht an der Universität zu Köln. Dem Direktor des Instituts, meinem verehrten Lehrer Herrn Professor Dr. Norbert Horn, der mir hierfür den nötigen Freiraum gewährt hat und dem ich wichtige Anregungen verdanke, sei herzlich gedankt.

Dank sage ich auch dem Verein zur Förderung des Instituts für Bankwirtschaft und Bankrecht an der Universität zu Köln, der den Druckkostenzuschuß übernommen hat, und meiner Frau, die trotz hoher beruflicher Belastung das Manuskript gelesen hat.

Köln, im November 1999

*Georg Borges*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung</b> .....	13
<i>1. Kapitel</i>	
<b>Klauselrichtlinie und AGB-Gesetz</b>	
I. Die Umsetzung der Klauselrichtlinie .....	15
II. Der Kontrollmaßstab des § 9 AGBG .....	18
1. Der Kontrollmaßstab im Verbandsklageverfahren .....	18
a) Die Elemente der überindividuellen Betrachtungsweise .....	19
b) Die Berücksichtigung der Umstände des Vertragsabschlusses .....	21
2. Der Kontrollmaßstab im Individualprozeß .....	22
a) Die Maßgeblichkeit des generellen Kontrollmaßstabs .....	22
b) Die Tatsachenbasis der Klauselkontrolle .....	24
c) Keine weiteren Unterschiede zur Verbandsklage .....	26
III. Der Kontrollmaßstab der Richtlinie .....	27
1. Die Kriterien der Interessenabwägung .....	27
2. Der doppelte Kontrollmaßstab der Richtlinie .....	28
3. Die Tatsachenbasis der Interessenabwägung .....	29
4. Vertragsumstände und individuelle Interessenlage .....	30
IV. Die Elemente des konkreten Kontrollmaßstabs .....	31
V. Unvereinbarkeit des konkreten Kontrollmaßstabs mit § 9 AGBG .....	33
VI. Die Übernahme des einzelfallbezogenen Kontrollkonzepts durch den deutschen Gesetzgeber .....	34
VII. Die Kombinationslösung .....	36



*2. Kapitel*

<b>Die zweistufige Klauselkontrolle von Verbraucherverträgen</b>	<b>38</b>
I. Klauselkontrolle und Verbraucherleitbild .....	38
1. Die Bedeutung des Verbraucherleitbildes für die Klauselkontrolle .....	38
2. Die Bedeutung der Gruppenzugehörigkeit nach AGB-Gesetz und Klauselrichtlinie .....	40
3. Das Verbraucherleitbild des AGB-Gesetzes und der Klauselrichtlinie .....	43
II. Die unterschiedlichen Modelle der Klauselkontrolle .....	44
III. Einheitlicher Kontrollmaßstab für AGB und Einmalklauseln .....	46
IV. Das Verhältnis der Kontrollstufen .....	49
1. Keine Rechtfertigung nachteiliger Klauseln durch die Vertragsumstände .....	49
2. Die Voraussetzungen der Klauselkontrolle auf der zweiten Stufe .....	52
3. Funktion und Tatsachenbasis der zweiten Kontrollstufe .....	53
a) Trennung der Kontrollstufen und Tatsachenbasis der Interessenabwägung ..	53
b) Die ergänzende Funktion der zweiten Kontrollstufe .....	54
aa) Die Trennung der beiden Kontrollstufen .....	54
bb) Keine doppelte Tatsachenbewertung .....	54
c) Die Tatsachenbasis der zweiten Kontrollstufe .....	55

*3. Kapitel*

<b>Die Umstände des Vertragsabschlusses</b>	<b>58</b>
I. Keine allgemeine Billigkeitskontrolle .....	58
1. Fallgruppen der berücksichtigungsfähigen Umstände .....	58
2. Einschränkungen der berücksichtigungsfähigen Umstände .....	60
II. Das Kräfteverhältnis zwischen den Verhandlungspositionen der Parteien .....	61
1. Die Faktoren des Kräfteverhältnisses .....	61
2. Die Abhängigkeit des Verbrauchers vom Leistungsangebot des Unternehmers	62
a) Fallgruppen der Abhängigkeit .....	62
b) Die Berücksichtigung auf der ersten Kontrollstufe .....	63
aa) Die Abhängigkeit aufgrund fehlenden Wettbewerbs .....	63
bb) Abhängigkeit aufgrund sonstiger Umstände .....	65

Inhaltsverzeichnis	9
c) Die Berücksichtigung auf der zweiten Kontrollstufe .....	66
aa) Eingeschränkte Berücksichtigung der Marktmacht des Unternehmers ..	66
bb) Persönliche Umstände des Verbrauchers .....	67
cc) Abhängigkeit aufgrund der besonderen Situation .....	69
3. Sonstige Aspekte des Kräfteverhältnisses .....	69
III. Wissensstand und Geschäftserfahrenheit des Verbrauchers .....	70
IV. Das Verhalten der Parteien bei Vertragsabschluß .....	73
1. Das Verhalten des Unternehmers .....	73
2. Das Verhalten des Verbrauchers .....	75
V. Sonstige Umstände .....	75

#### *4. Kapitel*

<b>Die europarechtlichen Bindungen des AGB-Gesetzes</b>	78
I. Vorabentscheidungsverfahren und AGB-Kontrolle .....	78
1. Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens .....	78
2. Die Voraussetzungen der Vorlage .....	83
3. Vorlagen betreffend das AGB-Gesetz .....	84
II. Die richtlinienkonforme Auslegung des AGB-Gesetzes .....	85
1. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung .....	85
2. Die Voraussetzungen der richtlinienkonformen Auslegung .....	86
3. Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung des AGB-Gesetzes .....	88

#### *5. Kapitel*

<b>Sonstige Aspekte der Angemessenheitskontrolle von Verbraucherverträgen</b>	90
I. Der Anwendungsbereich der besonderen Kontrolle von Verbraucherverträgen .....	90
1. Der Begriff des Verbrauchervertrags .....	90
a) Der Unternehmerbegriff i. S. d. § 24 ABGB .....	90
b) Der Begriff des Verbrauchers .....	92

c) Gemischte Nutzung des Vertragsgegenstandes .....	92
d) Darlegungs- und Beweislast .....	93
e) Mehrheit von Personen .....	94
aa) Der Grundsatz der getrennten AGB-Kontrolle .....	94
bb) Bürgschaften .....	94
2. Die Verwendung von Drittklauseln, § 24a Nr. 1 AGBG .....	99
a) „Stellen“ von Vertragsbedingungen und Drittklauseln .....	99
aa) Die Bedeutung des Stellens von Vertragsbedingungen nach dem AGB-Gesetz .....	99
bb) Die Anpassung an die Richtlinie durch § 24a Nr. 1 AGBG .....	101
cc) Der sog. beiderseitige Einbeziehungsvorschlag .....	102
b) Der AGB-Begriff i. S. d. § 24a Nr. 1 AGBG .....	102
aa) Die Voraussetzung der mehrfachen Verwendung bei Drittklauseln .....	103
bb) Aushandeln und „Verwendung“ von Klauseln .....	105
c) Notarverträge .....	106
3. Einmalklauseln, § 24a Nr. 2 AGBG .....	110
a) Die Voraussetzungen der Inhaltskontrolle bei Einmalklauseln .....	110
b) Keine Anwendung des § 24a Nr. 1 AGBG auf Einmalklauseln .....	111
c) Die Zurechnung von Drittklauseln .....	112
aa) Wortlaut .....	112
bb) Richtlinienkonforme Auslegung .....	112
cc) Gesetzssystematik .....	113
dd) Sinn und Zweck der Klauselkontrolle .....	114
d) Die Kriterien für die Zurechnung der Klausel .....	115
e) Ergebnis .....	116
f) Beweislast .....	116
II. Die Anwendung des § 10 AGBG bei Verbraucherverträgen .....	116
1. Der Meinungsstand .....	117
2. Keine zweistufige Klauselkontrolle nach § 10 AGBG .....	118
3. Das Verhältnis des § 10 AGBG zu § 9 AGBG bei Verbraucherverträgen .....	118
III. Der Verbrauchervertrag in der Verbandsklage .....	119

Inhaltsverzeichnis	11
IV. Das Verhältnis der Klauselkontrolle zur Vertragskontrolle nach dem BGB .....	121
1. Das Verhältnis zu § 138 BGB .....	121
2. Das Verhältnis zu § 242 BGB .....	121
3. Das Verhältnis zur culpa in contrahendo .....	123
 <i>6. Kapitel</i> 	
<b>Das Transparenzgebot</b>	125
I. Die allgemeinen Grundsätze der Transparenzkontrolle .....	126
1. Die maßgeblichen Umstände .....	126
2. Der Verständnishorizont des konkreten Vertragspartners .....	128
II. Das Transparenzgebot bei Verbraucherverträgen .....	130
1. Der Durchschnittskunde als Maßstab des Transparenzgebotes .....	131
2. Intransparenz als Unwirksamkeitsgrund .....	132
a) Erfordernis einer Benachteiligung des Vertragspartners .....	132
b) Intransparenz nicht kontrollfähiger Klauseln .....	134
3. Keine Besonderheiten bei der Transparenzkontrolle von Verbraucherverträgen	136
 <b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b> .....	 137
 <b>Literaturverzeichnis</b> .....	 140
 <b>Sachwortverzeichnis</b> .....	 147

## **Abkürzungsverzeichnis**

<b>c.c.</b>	<b>codice civile</b>
<b>D.</b>	<b>Recueil Dalloz Sirey</b>
<b>FS</b>	<b>Festschrift</b>
<b>HWiG</b>	<b>Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften</b>
<b>JBl.</b>	<b>Juristische Blätter (Österr.)</b>
<b>JCP</b>	<b>La Semaine Juridique</b>
<b>NWB</b>	<b>Neue Wirtschaftsbriefe</b>
<b>RefE</b>	<b>Referentenentwurf</b>
<b>RegE</b>	<b>Regierungsentwurf</b>
<b>RL</b>	<b>Klauselrichtlinie</b>
<b>Slg.</b>	<b>Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs</b>
<b>U/B/H</b>	<b>Ulmer / Brandner / Hensen</b>
<b>W/H/L</b>	<b>Wolf / Horn / Lindacher</b>

## Einführung

Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern (sog. Verbraucherverträge) unterliegen seit der AGBG-Novelle 1996<sup>1</sup> einer neuen Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz. Nunmehr sind auch Klauseln, die nur für einen einzelnen Vertrag formuliert werden (Einmalklauseln) und auch solche Klauseln, die von unparteiischen Dritten vorgeschlagen werden (Drittklauseln), der Kontrolle nach dem AGB-Gesetz unterworfen, sofern sie nicht zwischen den Parteien ausgehandelt werden. Vor allem gilt für Verbraucherverträge gemäß § 24a Nr. 3 AGBG ein besonderer Maßstab der Inhaltskontrolle, denn danach sind bei der Kontrolle gemäß § 9 AGBG „auch die den Vertragsabschluß begleitenden Umstände zu berücksichtigen“.

§ 24a, der zur Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen v. 5. 4. 1993 („Klauselrichtlinie“)<sup>2</sup> in das AGB-Gesetz eingefügt wurde,<sup>3</sup> führt mit dem Begriff der „den Vertragsabschluß begleitenden Umstände“ („Vertragsumstände“) den konkreten Vertrag und die Verhältnisse der konkreten Vertragsparteien in die Inhaltskontrolle ein. Dieses Element ist der Inhaltskontrolle nach den §§ 9 ff. AGBG, die bisher nach einem generellen, überindividuellen Maßstab erfolgte, fremd. Für den praktisch wichtigsten Bereich der Kontrolle nach dem AGB-Gesetz, die Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern, wird damit ein in seinem systematischen Ausgangspunkt geradezu entgegengesetzter Maßstab in die Inhaltskontrolle eingeführt.

Die Einführung des neuen Kontrollmaßstabs durch § 24a Nr. 3 AGBG ist durchaus geeignet, das Kontrollkonzept des AGB-Gesetzes grundlegend in Frage zu stellen. Außerdem stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Kontrolle nach dem AGBG zu den Bestimmungen des BGB, die ebenfalls eine Vertragskontrolle anhand der Umstände des Einzelfalles ermöglichen. Dies sind insbesondere § 242 BGB und § 138 BGB, aber auch das Institut der c.i.c., durch das die den Vertragsabschluß begleitenden Umstände, namentlich das Verhalten der Parteien vor und bei Vertragsabschluß, berücksichtigt werden.

Die konkrete Bedeutung des 24a Nr. 3 und seine Bedeutung für die Klauselkontrolle nach dem AGBG sind sehr umstritten. Umstritten ist etwa, ob § 24a Nr. 3 nur auf Einmalklauseln oder auch auf AGB anwendbar ist, ob im Verbandsklage-

---

<sup>1</sup> Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung v. 24. 7. 1996, BGBl. I 1013.

<sup>2</sup> ABIEG Nr. L 95 v. 21.4. 1994, S. 29 ff.

<sup>3</sup> Siehe dazu *W/H/L-Horn*, § 24a Rz. 3.

verfahren ein grundlegend anderer Kontrollmaßstab gilt als im Individualprozeß, ob die Berücksichtigung der Einzelfallumstände sich auch zulasten oder aber nur zugunsten des Verbrauchers auswirken kann, und nicht zuletzt, welche Umstände zu den maßgeblichen „Umständen des Vertragsabschlusses“ gehören.

Schwierige Fragen ergeben sich auch durch die Erstreckung der Inhaltskontrolle auf Einmalklauseln nach § 24a Nr. 2, vor allem bei den Voraussetzungen der Inhaltskontrolle, und durch die Erweiterung auf Drittklauseln, § 24a Nr. 1, die vor allem in bezug auf notarielle Verträge intensiv diskutiert wird. Umstritten sind auch die Folgen, die sich aus der Klauselrichtlinie für die Anwendung des AGB-Gesetzes ergeben, insbesondere durch eine richtlinienkonforme Auslegung.

Die nachfolgende Untersuchung entwickelt ein Konzept der Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen, das die Berücksichtigung der konkreten Vertragsumstände unter Wahrung der Anforderungen der Klauselrichtlinie in die Systematik des AGB-Gesetzes integriert, und erörtert die Anwendung des novellierten AGB-Gesetzes auf Verbraucherverträge.

## 1. Kapitel

# Klauselrichtlinie und AGB-Gesetz

## I. Die Umsetzung der Klauselrichtlinie

Mit der Klauselrichtlinie vom 5. 4. 1993 hat der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten eine detaillierte Regelung zum Schutz des Verbrauchers vor mißbräuchlichen Vertragsklauseln vorgegeben. Da das deutsche Recht durch das AGB-Gesetz bereits über ein Instrument zum Schutz vor mißbräuchlichen Klauseln verfügte, ergab sich für die Umsetzung der Klauselrichtlinie die Alternative zwischen einer Anpassung des AGB-Gesetzes an die Richtlinie und dem Erlass einer Spezialregelung für Verbraucher.

Da das AGB-Gesetz allgemein als bewährtes Schutzinstrument angesehen wurde<sup>1</sup>, wollte der Gesetzgeber, soweit möglich, am AGBG festhalten.<sup>2</sup> Außerdem wiesen Richtlinie und AGB-Gesetz wesentliche Gemeinsamkeiten auf,<sup>3</sup> da die Richtlinie, wie sich aus dem Inhalt und aus der Entstehungsgeschichte ergibt, stark vom deutschen AGB-Gesetz beeinflusst ist.<sup>4</sup> Aus diesem Grund entschloß sich der Gesetzgeber, entsprechend dem nahezu einstimmigen Votum der Literatur,<sup>5</sup> die Richtlinie in das AGB-Gesetz zu integrieren und auf die Umsetzung durch ein separates Gesetz zu verzichten.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Begr.RegE, BT-Drucks. 13/2713, S. 6; *Bunte*, NJW 1987, 921 ff.; *Damm*, JZ 1994, 161, 177; *Eckert*, WM 1993, 1070; *ders.*, ZIP 1994, 1986; *Heinrichs*, NJW 1993, 1817, 1818, 1822; *Schlosser*, JR 1988, 1, 7; *Ulmer*, EuZW 1993, 337, 347; *ders.*, AGB-Gesetz nach der Umsetzung, S. 9. Siehe auch die ausführl. Würdigung bei U/B/H-*Ulmer*, Einl. Rz. 57 ff.

<sup>2</sup> *Bunte*, DB 1996, 1389; *Coester*, FS Heinrichs (1998) 99, 100; *Eckert*, ZIP 1994, 1986; *ders.*, ZIP 1995, 1460; W/H/L-*Horn*, § 24a Rz. 56.

<sup>3</sup> Allg. Einschätzung; Begr.RegE, BT-Drucks. 13/2713, S. 1; *Damm*, JZ 1994, 161, 176 f.; *Eckert*, ZIP 1996, 1238, 1241; *Heinrichs*, NJW 1996, 2190, 2195; W/H/L-*Horn*, § 24a Rz. 56; *Remien*, ZEuP 1994, 35, 51; *Ulmer*, EuZW 1993, 337 f.

<sup>4</sup> *Grundmann*, S. 252 f.; *Ulmer*, EuZW 1993, 337 f. Siehe auch *Joerges*, ZEuP 1995, 171, 193; *Paisant*, D. 1995, 99, 100.

<sup>5</sup> Vgl. *Damm*, JZ 1994, 161, 177; *Eckert*, WM 1993, 1070; *Heinrichs*, NJW 1993, 1817, 1818; *ders.*, NJW 1995, 153; *Remien*, ZEuP 1994, 34, 65; *Ulmer*, EuZW 1993, 337, 347. A.A. *Hommelhoff/Wiedenmann*, die die Umsetzung durch ein Spezialgesetz neben dem AGBG vorschlugen; ZIP 1993, 562, 571.

<sup>6</sup> Vgl. Begr.RegE, BT-Drucks. 13/2713, S. 6. Siehe auch *Eckert*, ZIP 1994, 1986, 1988. Den gleichen Weg wählte etwa auch der französische Gesetzgeber, der die Klauselrichtlinie durch Anpassung des code de la consommation umsetzte; vgl. Gesetz Nr. 95–96 v. 1. 2. 1995