

# Schutzzweck der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen

## Individualschutz und Institutionenschutz als gleichberechtigte Grundpfeiler einer vertragstheoretischen und rechtsökonomischen Rechtfertigung

Valentin Jentsch\*

*This article examines the reason for and justification of controlling the content of general terms and conditions by the legislator and the courts. Based on various individual and institutional protection concepts, it analyzes what the purpose of such content control can and actually should be. This contribution uses a legal theory and law and economics research approach. The results of the analysis show that the two conceptual justifica-*

*tions, as well as the corresponding methodological approaches, are in fact mutually dependent and complementary. Moreover, from a legal theory and law and economics perspective, there are no compelling reasons suggesting that the economically liberal Swiss regulatory approach should give way to stronger government intervention.*

### Inhaltsübersicht

- I. Fragestellung
- II. Individualschutz: Schutz der schwächeren Vertragspartei
  1. Kontrolle von Marktmacht in Ungleichgewichtslagen
  2. Konsumenten- und Verbraucherschutz
- III. Institutionenschutz: Schutz der Steuerungsfunktion von Markt und Wettbewerb
  1. Korrektur von Marktversagen aufgrund Informations- und Motivationsgefälle
  2. Gewährleistung des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs
- IV. Ergebnis

### I. Fragestellung

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) werden gut und gerne als «Kind der industriellen Revolution des 19. Jahrhunderts» bezeichnet, die unter anderem dazu geführt hat, dass standardisierte Waren und Dienstleistungen unter gleichermassen standardisierten Vertragsbedingungen auf den Markt gebracht und vertrieben werden.<sup>1</sup> Indem sie entsprechende Vertragsverhandlungen überflüssig machen, leisten AGB zweifelsohne einen wichtigen Beitrag zur Rationalisierung der Abwicklung von solchen Massengeschäften. Die Kehrseite der Medaille besteht jedoch darin, dass die eine – typischerweise in bestimmter

Art und Weise überlegene – Partei darüber hinaus oder vorwiegend versucht, das mit dem Geschäft verbundene Risiko auf die andere Partei zu «überwälzen». Daher hat sich – gerade auch im internationalen Vergleich – zunehmend die Rechtsauffassung durchgesetzt, dass der Gesetzgeber und die Gerichte der Gültigkeit von AGB bestimmte Grenzen setzen müssen.<sup>2</sup> Im juristischen Diskurs aber nach wie vor umstritten ist die Rechtfertigung einer solchen Inhaltskontrolle von AGB.<sup>3</sup>

In den meisten europäischen Ländern ist die Inhaltskontrolle von AGB heute im allgemeinen Schuldrecht geregelt, nicht so aber in der Schweiz: Das Schweizer Recht zeichnet sich in diesem Zusammenhang insofern durch eine Sonderstellung aus, als in der Schweiz nach wie vor keine allgemeine (zivilrechtliche) gesetzliche Regelung besteht, welche die Gerichte ausdrücklich ermächtigt, eine Kontrolle des Inhalts von AGB vorzunehmen.<sup>4</sup> Auch ohne umfas-

<sup>2</sup> Für eine eingehende rechtshistorische und rechtsvergleichende Aufbereitung aus Sicht des deutschen Rechts *Phillip Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtslehre, Habil. Regensburg, Tübingen 2010, 138 ff. (Inhaltskontrolle im 19. Jahrhundert), 287 ff. (Inhaltskontrolle im 20. Jahrhundert), 527 ff. (Inhaltskontrolle im 21. Jahrhundert).

<sup>3</sup> Für eine rechtsökonomische Begründung aus deutscher Sicht *Hein Kötz*, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, *JuS 2003* 209 ff. (Kritik an der Lehre über den Schwächerenschutz und Fokussierung auf das Problem des Marktversagens in Folge einer Informationsasymmetrie). Zur aktuellen Diskussion in Deutschland *Phillip Hellwege*, Die §§ 307–309 BGB enthalten zwei Formen der Inhaltskontrolle, *JZ 2015* 1130 ff. (Vorschlag einer Neuausrichtung des AGB-Rechts).

<sup>4</sup> Aus einer rechtsvergleichenden Perspektive *Zweigert/Kötz* (Fn. 1), 330 f. (Umschreibung der verdeckten Inhaltskontrolle des Bundesgerichts anhand der Ungewöhnlichkeits-

\* Dr. iur. *Valentin Jentsch*, LL.M., Rechtsanwalt.

<sup>1</sup> Vgl. dazu *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996, 325 (Freiheit und Zwang im Vertragsrecht); *Hein Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., Tübingen 2015, 192 (Kontrolle unangemessener Vertragsbedingungen).

sende gesetzliche Regelung hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung basierend auf einer schuldrechtlichen, genauer gesagt: vertragsrechtlichen Grundlage (Art. 1, Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR) über die Jahre eine reichhaltige Rechtsprechung zur AGB-Problematik entwickelt.<sup>5</sup> Die wichtigste gesetzliche Grundlage für eine Missbrauchskontrolle von AGB findet sich jedoch im Wettbewerbsrecht, genauer gesagt: im Lauterkeitsrecht (Art. 8 UWG).<sup>6</sup> Dadurch ist ein nicht unproblematischer und dogmatisch nur schwer einzuordnender Dualismus der AGB-Kontrolle zwischen Vertrags- und Lauterkeitsrecht entstanden.

Im Rahmen dieses Beitrags soll daher die Rechtsfrage untersucht werden, welches eigentlich der Schutzzweck der Inhaltskontrolle von AGB sein kann und auch sein sollte. Dem Beitrag liegt ein vertragstheoretischer und rechtsökonomischer Forschungsansatz zugrunde, der darauf abzielt, die verschiedenen individuellen und institutionellen Schutzkonzeptionen auszuleuchten und systematisch einzuordnen.

und Unklarheitsregel); *Kötz* (Fn. 1), Anm. 18 von § 8 (keine offene Inhaltskontrolle). Aus Schweizer Sicht *Thomas Koller*, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Kontrolle, *AJP* 2008 943 ff., 952: «Die offene Inhaltskontrolle ist [...] nicht nur wünschenswert, sondern überfällig».

<sup>5</sup> Besonders hervorzuheben sind BGE 109 II 213, E. 2 (*Backofen*); BGE 109 II 452, E. 5 (*Hühnerstall*); BGE 135 III 1, E. 2 und E. 3 (*Privatkundenversicherung*); BGE 135 III 225, E. 1 (*Krankentaggeldversicherung I*); BGE 138 III 411, E. 3 (*Krankentaggeldversicherung II*). Methodisch unsauber etwa BGE 109 III 213, E. 2a, wo im Zusammenhang mit der Ungewöhnlichkeitsregel der Ausdruck «Inhaltskontrolle» verwendet wird. Dogmatisch korrekt demgegenüber BGE 109 II 452, E. 4, indem die Ebenen der Geltungs- und Inhaltskontrolle auseinandergelassen werden, wobei auch inhaltliche Aspekte für die Tragweite der Ungewöhnlichkeitsregel relevant sein können.

<sup>6</sup> Im Einzelnen dazu *Florent Thouvenin*, in: *Hilty/Arpagaus* (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basler Kommentar, Basel 2013, Rn. 100 ff. zu Art. 8 UWG; *Pascal Pichonnaz*, in: *Martenet/Pichonnaz* (Hrsg.), *Loi contre la concurrence déloyale*, Commentaire romand, Basel 2017, Rn. 102 ff. zu Art. 8 LCD; *Helmut Heiss*, in: *Heinzmann/Loacker* (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Zürich 2018, Rn. 150 ff. zu Art. 8 UWG.

## II. Individualschutz: Schutz der schwächeren Vertragspartei

Nach der traditionellen Auffassung im Schrifttum dient die Inhaltskontrolle von AGB in erster Linie dem Schutz der schwächeren Vertragspartei.<sup>7</sup> Im

<sup>7</sup> *Ernst A. Kramer*, in: *Meier-Hayoz* (Hrsg.), *Obligationenrecht*, Berner Kommentar, Bd. VI/1/2/1a, Bern 1991, Rn. 274 zu Art. 20 OR (Überrumpelungsgefahr); *Thomas Pfeiffer*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (Hrsg.), *AGB-Recht*, Kommentar, 6. Aufl., München 2013, Rn. 3 f. (strukturelle Störungen der Entscheidungsgrundlage oder strukturelle Ungleichgewichte) und Rn. 14 ff. (Bewahrung einer vertragsrechtlichen Ordnung, insbesondere Sicherung der Vertragsgerechtigkeit und Schutz des Vertragspartners) von Einleitung zu BGB, Rn. 1 zu § 307 BGB (Schutz des unterlegenen Vertragsteils); *Thouvenin* (Fn. 6), Rn. 86 zu Art. 8 UWG (systematische Benachteiligung des Vertragspartners); *Andreas Fuchs*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen* (Hrsg.), *AGB-Recht*, Kommentar, 12. Aufl., Köln 2016, Rn. 27 von Vorbemerkung zu § 307 BGB (situativ bedingte Gefährdung der inhaltlichen Ausgewogenheit des Vertrags durch Verwendung von AGB); *Andreas Kollmann*, in: *Dauner-Lieb/Langen* (Hrsg.), *Schuldrecht*, NomosKommentar, Bd. 2/1, 3. Aufl., Baden-Baden 2016, Rn. 4 von Vorbemerkung zu §§ 305 ff. BGB (fehlendes Kräftegleichgewicht der Beteiligten); *Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig*, *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bern 2016, Rn. 450 (Schutz der schwächeren Vertragspartei infolge Verschleierung und Überrumpelung); *Peter Ulmer/Mathias Habersack*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen* (Hrsg.), *AGB-Recht*, Kommentar, 12. Aufl., Köln 2016, Rn. 51 (Schutz des Kunden vor den Gefahren einseitiger Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit infolge einer aus Rationalisierungsgründen nicht gedeckten Risikoverlagerung) und Rn. 54 (Zweck des Verbraucherschutzes) von Einleitung zu BGB; *Thomas Lapp/Erwin Salamon*, in: *Junker/Beckmann/Rüssmann* (Hrsg.), *Schuldrecht*, Bürgerliches Gesetzbuch, juris PraxisKommentar, Bd. 2.1, 8. Aufl., Saarbrücken 2017, Rn. 3 zu § 307 BGB (deutlicher Bedeutungswandel ohne Veränderung des Wortlauts bezüglich Verbraucherverträge); *Stefanie Roloff*, in: *Erman* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Handkommentar, Bd. I, 15. Aufl., Köln 2017, Rn. 2 von Vorbemerkung zu § 305 BGB (Überlegenheit des AGB-Verwenders, insbesondere Wiederherstellung des Kräftegleichgewichts); *Hans-Wolfgang Micklitz/Peter Rott*, in: *Krüger/Rauscher* (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, Münchener Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl., München 2017, Rn. 1 ff. von Vorbemerkung zu § 1 UKlaG (institutionell-funktionales Defizit und Ungleichgewicht der Parteien); *Astrid Stadler*, in: *Jauernig* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Kommentar, 17. Aufl., München 2018, Rn. 1 zu § 305 BGB (Schwächerenschutz, insbesondere Verbraucherschutz); *Klaus Peter Berger*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Kommentar, 14. Aufl., München

Vordergrund steht demnach der Individualschutz. In rechtsdogmatischer Hinsicht geht es im Kern darum, *Störungen im Vertragsgleichgewicht* zu beseitigen. Der Grund für einen solchen Eingriff in die Vertragsfreiheit kann demnach in einer Ungleichgewichtslage gesehen werden, die unter Wertungsgesichtspunkten den Schutz der schwächeren Vertragspartei nahelegt. Der Konsumenten- und Verbraucherschutz hat diesem Schutzkonzept eine zusätzliche Dimension verliehen.

### 1. Kontrolle von Marktmacht in Ungleichgewichtslagen

Es sind verschiedene Begründungsansätze denkbar, die auf einem individuellen Schutzkonzept basieren und der Kontrolle von Marktmacht dienen. Von besonderer Bedeutung sind dabei verschiedene vertragstheoretische Ansätze, wonach die AGB-Kontrolle in der einen oder anderen Form vor einem Missbrauch der Vertragsfreiheit, vor einer einseitigen Ausübung der Vertragsfreiheit oder vor Fremdbestimmung schützen soll.<sup>8</sup> Etwas weiter geht die von

*Walter Schmidt-Rimpler* begründete und 1941 in die AGB-Debatte eingeführte Theorie der Richtigkeitsgewähr, wonach eine Inhaltskontrolle von AGB dadurch gerechtfertigt wird, dass bei diesen eine Aushandlung des Vertragsinhalts gerade nicht erfolgt und damit deren «Richtigkeit» nicht gewährleistet sei.<sup>9</sup> Bei all diesen Begründungsversuchen geht es jeweils immer in der einen oder anderen Form um den Schutz bei Ungleichgewichtslagen.<sup>10</sup>

Ein wichtiger Ansatzpunkt in dieser Tradition ist daher im Machtparadigma zu suchen. Der oder die Verwender(in) von AGB nimmt aufgrund der typischerweise einseitigen Ausgestaltung solcher Vertragsbedingungen die Vertragsgestaltungsfreiheit einseitig für sich in Anspruch. Dadurch entsteht ein funktionales Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien, das die Gefahr in sich birgt, dass die AGB ausschliesslich die Interessen der verwendenden Person, nicht aber jene der anderen Vertragspartei berücksichtigen. Mit der Inhaltskontrolle von AGB, so die Grundüberlegung, soll demnach ein Beitrag zur Vertragsgerechtigkeit geleistet werden.<sup>11</sup> Diesem Ansatz liegt somit ein materielles Verständnis der Vertragsfreiheit und ein Sozialmodell des Vertragsrechts zugrunde, wonach die Gleichheit und Freiheit der Vertragspartner allein die inhaltliche Richtigkeit und Gerechtigkeit eines Vertrags nicht gewährleisten kann, weshalb eine materialisierte Einwirkung in den Vertrag als notwendig erachtet wird.<sup>12</sup>

2019, Rn. 1 von Vorbemerkung zu §§ 305 ff. BGB (Gefahr der unangemessenen Risikoabwälzung); *Jörg Fritzsche*, in: Soergel (Hrsg.), Schuldrecht 2, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 4, 13. Aufl., Stuttgart 2019, Rn. 3 von Vorbemerkung zu §§ 305 ff. BGB (Gefährdung des Vertragsgleichgewichts); *Hubert Schmidt*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., München 2019, Rn. 1 zu § 307 BGB (Schutz vor unangemessenen Ergebnissen einseitig in Anspruch genommener Vertragsgestaltungsmacht des AGB-Verwenders); *Hans Schulte-Nölke*, in: Schulze (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 10. Aufl., Baden-Baden 2019, Rn. 4 f. von Vorbemerkung zu §§ 305–310 BGB (originäres Schutzkonzept und Verbraucherschutz); *Christian Grüneberg*, in: Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'scher Kurz-Kommentar, 79. Aufl., München 2020, Rn. 8 f. von Überblick zu § 305 BGB (Schutz vor alleiniger Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsfreiheit und Verbraucherschutz).

<sup>8</sup> Vgl. dazu *Hellwege* (Fn. 2), 544 ff. (Bindung des einseitigen Normsetzers), 546 f. (Schutz vor einem Missbrauch der Vertragsfreiheit, vor einer einseitigen Ausübung der Vertragsfreiheit oder vor Fremdbestimmung); *Ulmer/Habersack* (Fn. 7), Rn. 48 von Einleitung zu BGB (Gefahr einseitiger Ausnutzung der faktischen Vertragsgestaltungsfreiheit zu Lasten des Kunden); *Fritzsche* (Fn. 7), Rn. 3 von Vorbemerkung zu §§ 305 ff. BGB (Gefährdung des Vertragsgleichgewichts durch einseitige Inanspruchnahme der Gestaltungsfreiheit); *Grüneberg* (Fn. 7), Rn. 8 von Überblick zu § 305 BGB (Verhinderung, dass der AGB-Ver-

wender die Vertragsgestaltungsfreiheit allein in Anspruch nimmt).

<sup>9</sup> *Walter Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941) 130 ff., 149 ff. (Grundfrage der Richtigkeitsgewähr, verstanden als Möglichkeit richtiger Regelung durch Rechtsgeschäft und Vertrag sowie Problem der Privatautonomie). Siehe auch *Dagmar Coester-Waltjen*, Die Inhaltskontrolle von Verträgen ausserhalb des AGBG, AcP 190 (1990) 1 ff., 14 ff. (Legitimation und Grenzen der Inhaltskontrolle); *Hellwege* (Fn. 2), 547 ff. (Schutz vor unrichtigen Verträgen).

<sup>10</sup> Vgl. hierzu etwa *Wolfgang Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996) 1 ff., 15 ff. (Begriff und Bedeutung sog. Ungleichgewichtslagen); *Ulrich Wackerbarth*, Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, AcP 200 (2000) 45 ff., 51 ff. (Unterscheidung der subjektiven und objektiven Seite von Ungleichgewichtslagen); *Hellwege* (Fn. 2), 549 ff. (Schutz bei Ungleichgewichtslagen).

<sup>11</sup> So etwa *Fuchs* (Fn. 7), Rn. 27 von Vorbemerkung zu § 307 BGB.

<sup>12</sup> Vgl. dazu etwa *Wolfgang Schön*, Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer (neuen) Grundlage

Die Ursache solcher Ungleichgewichte wird von einem Teil der Literatur in der *wirtschaftlichen, intellektuellen* oder *psychischen* Unterlegenheit einer Vertragspartei gesehen. Eine wirtschaftliche Unterlegenheit kann sich etwa daraus ergeben, dass eine Vertragspartei auf den konkreten Vertragsschluss angewiesen ist.<sup>13</sup> Dies äussert sich in der typischerweise überlegenen Verhandlungsmacht des AGB-Verwenders gegenüber seiner Vertragspartnerin.<sup>14</sup> Zu dieser wirtschaftlichen Unterlegenheit gesellt sich häufig eine intellektuelle oder psychische Unterlegenheit, wonach die Vertragspartnerin des AGB-Verwenders weder die erforderliche juristische Erfahrung zur Durchsicht und Beurteilung der AGB noch die dafür notwendige Zeit hat sowie aus Kosten-Nutzen-Überlegungen regelmässig auf eine rechtliche Beratung verzichtet.<sup>15</sup> All diese Begründungen greifen aber für sich allein zu kurz und gelten mittlerweile als überholt.<sup>16</sup> Ein wirtschaftliches oder intellektuelles Machtgefälle und die entsprechende Überlegenheit des AGB-Verwenders kann im Rahmen der Inhaltskontrolle höchstens als Faktor mitberücksichtigt, darf aber nicht zur Voraussetzung einer solchen erkoren werden.<sup>17</sup>

Ein anderer Teil der Literatur führt derartige Ungleichgewichte auf die *informationelle* Unterlegenheit einer Vertragspartei zurück. Eine informationelle Unterlegenheit liegt insbesondere dann vor, wenn

eine Vertragspartnerin ihre Interessen aus Mangel an vertragsrelevanten Informationen nicht sachgemäss wahrnehmen kann.<sup>18</sup> Ursache der Unterlegenheit ist demnach ein Informationsdefizit der Klauselgegnerin gegenüber dem AGB-Verwender.<sup>19</sup> Diesen vertrags-theoretisch begründeten Erklärungsansatz gilt es sogleich in rechtsökonomischer Hinsicht noch etwas näher zu beleuchten.<sup>20</sup>

Schliesslich geht ein weiterer Teil der Literatur davon aus, dass solche Ungleichgewichte massgeblich durch die *situative* Unterlegenheit einer Vertragspartei bedingt sind. Entscheidend sind demnach die situative Überlegenheit des AGB-Verwenders und die situative Unterlegenheit der Klauselgegnerin.<sup>21</sup> Dieser Ansatz dürfte wohl der heute in Deutschland vorherrschenden Lehre entsprechen, auch wenn sich die soeben grob umschriebenen Unterbegriffe manchmal nicht ganz klar unterscheiden lassen.

Die heute immer noch vielerorts vorherrschende Vorstellung, wonach Marktmacht an sich in die Schranken zu weisen ist, ist jedoch in dieser Absolutheit abzulehnen. Dass jemand in einer einflussreichen Stellung ist, bedeutet noch lange nicht, dass er oder sie diese Position auch missbraucht und die andere Person daher automatisch schutzbedürftig ist. Daher muss der Fokus entweder auf eine enger geschnürte Individualschutzkonzeption oder auf ein institutionenbezogenes Schutzkonzept gerichtet werden.

unserer Zivilrechtsordnung, in: Heldrich/Prölss/Koller (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 1, München 2007, 1191 ff., 1192 f. (das «sozialrechtliche» Modell des mittleren 20. Jahrhunderts); Gerhard Wagner, Die soziale Frage und der Gemeinsame Referenzrahmen, ZEuP 2007 180 ff., 191 f. (material-faktische Vertragsfreiheit im sozialstaatlichen Vertragsmodell).

<sup>13</sup> So etwa Hellwege (Fn. 2), 550 ff., insbesondere 550, m.w.N.

<sup>14</sup> Dahingehend etwa Pfeiffer (Fn. 7), Rn. 3 f. von Einleitung zu BGB (Kontrolle einseitiger Gestaltungsmacht); Fritzsche (Fn. 7), Rn. 3 von Vorbemerkung zu §§ 305 ff. BGB (Machtgefälle zugunsten des AGB-Verwenders, insbesondere Scheu des Vertragspartners vor der Macht des Gedruckten).

<sup>15</sup> So etwa Pfeiffer (Fn. 7), Rn. 3 von Einleitung zu BGB.

<sup>16</sup> Anders noch das – einige Jahre vor Inkraftsetzung des AGB-Gesetzes entschiedene – Urteil IV ZR 34/71 des BGH vom 28. Februar 1973, in: BGHZ 60, 243, 245 (Missbrauch der Vertragsfreiheit durch ein erhebliches wirtschaftliches und intellektuelles Übergewicht).

<sup>17</sup> So auch Fritzsche (Fn. 7), Rn. 9 von Vorbemerkung zu §§ 305 ff. BGB.

<sup>18</sup> Vgl. etwa Hellwege (Fn. 2), 553, m.w.N.

<sup>19</sup> So etwa Lars Leuschner, Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, AcP 207 (2007) 491 ff., 496 (unter Bezugnahme auf ökonomische Erklärungsansätze).

<sup>20</sup> Vgl. diesbezüglich insbesondere die Ausführungen über Informationsasymmetrien und Transaktionskosten hinten unter Ziff. III.1.

<sup>21</sup> Manfred Lieb, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 178 (1978) 196 ff., 201 (gerade aus der Verwendung von AGB folgende Schutzbedürftigkeit); Lorenz Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, Habil. München 1992, 91 (situativ bedingte Schutzbedürftigkeit des Vertragsgegners), 93 (situative Überlegenheit des Verwenders); Leuschner (Fn. 19), 494 ff. (Abgrenzung der situativen Unterlegenheit von der persönlichen Unterlegenheit des Klauselgegners); Fuchs (Fn. 7), Rn. 27 von Vorbemerkung zu § 307 BGB (situativ bedingte Gefährdung der inhaltlichen Ausgewogenheit des Vertrags durch Verwendung von AGB).

## 2. Konsumenten- und Verbraucherschutz

Ein weiterer auf dem Individualschutz basierender Ansatzpunkt liegt im Konsumentenschutz oder, in der europäischen Terminologie: im Verbraucherschutz. Diese Ideen wurden in den 1930er-Jahren in die Diskussion eingebracht und haben in den 1970er-Jahren deutlich an Schwung gewonnen. Auf europäischer Ebene wird, um gleich das Musterbeispiel herauszugreifen, die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Klauselrichtlinie) von diesem Gedankengut getragen. Aber auch in der Schweiz konnte diese Bewegung inzwischen Fuss fassen, wenn auch vielleicht in gemässigten Bahnen als anderswo. Nach *Claus-Wilhelm Canaris* stellt die Inhaltskontrolle von AGB vor dem Hintergrund des Konsumenten- und Verbraucherschutzes denn auch eine der tiefgreifendsten Wandlungen des Vertragsrechts im vergangenen Jahrhundert dar, die ganz wesentlich zur «Materialisierung» des Vertragsrechts beigetragen hat.<sup>22</sup>

Der Konsumenten- und Verbraucherschutz ist – als Untergruppe der soeben beschriebenen Kontrolle von Marktmacht in Ungleichgewichtslagen – ein ebenso wichtiger Anknüpfungspunkt der AGB-Kontrolle.<sup>23</sup> Aus der Überlegung, dass Konsumentinnen und Verbraucher als wirtschaftlich unterlegene Personengruppe besonders schutzwürdig sind, ergibt sich deren hervorgetretene Schutzbedürftigkeit. Diese Schlussfolgerung dürfte heute weitgehend anerkannt sein und wird zumindest in grundsätzlicher Hinsicht nicht mehr ernsthaft bestritten. In Bezug auf die Umsetzung und Ausprägungen dieses Grundsatzes zeigen sich jedoch nicht unerhebliche Unterschiede in verschiedenen europäischen Ländern, so auch in der Schweiz.

Im schweizerischen Recht werden aktuell nur Konsumentinnen und Konsumenten bzw. die von diesen abgeschlossenen Konsumentenverträge der AGB-Kontrolle unterstellt. Nach Art. 8 UWG ist die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen seit Mitte 2012 bekanntlich nur dann unlauter, wenn sie «zum Nachteil der Konsumentinnen und

Konsumenten» erfolgt. Damit weist Art. 8 UWG zweifelsohne eine dem Konsumentenschutz dienende Schutzfunktion auf.<sup>24</sup> Ob dies auch für die (ungeschriebene) schuldrechtliche Inhaltskontrolle von AGB gilt, ist damit aber noch nicht gesagt. Die obligationenrechtliche Literatur in der Schweiz lehnt die Beschränkung der AGB-Kontrolle auf Konsumentenverträge denn auch ganz überwiegend ab.<sup>25</sup>

Das (supranationale) europäische Privatrecht besteht demgegenüber nahezu gänzlich aus Verbraucherschutzrecht.<sup>26</sup> Die Klauselrichtlinie, die gerade auf missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen abzielt, ist das Musterbeispiel einer derartigen Schutzkonzeption.<sup>27</sup> Im deutschen Schuldrecht werden – in Umsetzung der Klauselrichtlinie – erhöhte Anforderungen an die AGB-Kontrolle von Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher gestellt. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass bei Verbraucherverträgen auch einseitig gestellte Vertragsbedingungen ohne Absicht der Mehrfachverwendung einer Inhaltskontrolle unterstehen (§ 310

<sup>24</sup> So auch *Thouvenin* (Fn. 6), Rn. 70 (Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Konsumenten-AGB) und Rn. 79 ff. (Konsumentenbegriff) zu Art. 8 UWG.

<sup>25</sup> So schon die allgemeine – und nicht etwa auf Konsumentinnen und Konsumenten beschränkte – Feststellung von *Peter Gauch*, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 2006 77 ff., 85, «dass ein modernes Vertragsrecht nicht ohne gerichtliche Gerechtigkeitskontrolle der [a]llgemeinen Vertragsbedingungen auskommt». Siehe auch *Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Susan Emmenegger*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl., Zürich 2014, Rn. 1148c (kein Verstoß gegen den Grundsatz der Vertragsfreiheit) und Rn. 1152a, wonach die Einschränkung der AGB-Kontrolle nach Art. 8 UWG auf Konsumentinnen und Konsumenten zwar rechtspolitisch verfehlt ist, aber *de lege lata* akzeptiert werden muss; *Ingeborg Schwenzler*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rn. 44.03, wonach die Beschränkung der gerichtlichen Klauselkontrolle auf Verträge mit Konsumenten kaum sachgerecht ist; *Claire Huguenin*, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019, Rn. 607 (asymmetrische Zuweisung von Chancen und Risiken), Rn. 6351 (weiter Konsumentenbegriff).

<sup>26</sup> Siehe hierzu etwa *Gerhard Wagner*, The Economics of Harmonization: The Case of Contract Law, CMLR 39 (2002) 995 ff., 1020 f.; *Wagner* (Fn. 12), 192.

<sup>27</sup> Vgl. insbesondere Erwägungsgründe 8 (Bedeutung des Verbraucherschutzes) und 10 (besserer Schutz des Verbrauchers auf dem Gebiet missbräuchlicher Klauseln) der Klauselrichtlinie.

<sup>22</sup> *Claus-Wilhelm Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner «Materialisierung», AcP 200 (2000) 273 ff., 320 ff. (Materialisierung des Vertragsrechts durch AGB-Inhaltskontrolle).

<sup>23</sup> Vgl. etwa *Hellwege* (Fn. 2), 549 (Verbraucherschutz).

Abs. 3 Ziff. 2 BGB) und im Rahmen der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen sind (§ 310 Abs. 3 Ziff. 3 BGB).<sup>28</sup>

Obwohl nicht zu verkennen ist, dass die Gruppe der Konsumenten und Verbraucherinnen in verschiedenen Konstellationen – wenn nicht sogar in allgemeiner Hinsicht – unter dem Recht verstärkt geschützt werden sollte, darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass bei einer so engen Rechtfertigung der Inhaltskontrolle viele berechnete Interessen unberücksichtigt bleiben, die ebenso schutzwürdig sind. Man denke etwa – was auch in der schweizerischen Literatur herausgearbeitet worden ist – an die von einem kleinen oder mittleren Unternehmen (KMU) abgeschlossenen Verträge.<sup>29</sup> Daher scheint es zumindest etwas vielversprechender zu sein, den Blick auf institutionenbezogene Schutzkonzepte zu lenken.

### III. Institutionenschutz: Schutz der Steuerungsfunktion von Markt und Wettbewerb

Gemäss der modernen Ansicht, die namentlich von den Anhängern der ökonomischen Analyse des Rechts (zu denen ich mich ebenfalls zähle) vertreten wird, dient die Inhaltskontrolle von AGB vor allem dem Schutz der Steuerungsfunktion von Markt und Wettbewerb.<sup>30</sup> Hierbei geht es im Wesentlichen um

Institutionenschutz, d.h. um eine institutionelle, markt- und wettbewerbsbezogene Schutzfunktion. Der rechtsökonomische Ansatz zielt darauf ab, ein *partielles Marktversagen*, das im Kern auf ein *Informations- und Motivationsgefälle* zurückgeführt werden kann, zu korrigieren. Ein regulatorischer Eingriff ist aus dieser Sicht insofern gerechtfertigt, als ein Marktversagen vorliegt oder aber der Wettbewerb nicht oder zumindest nicht richtig spielt. Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Gewährleistung des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs.

#### 1. Korrektur von Marktversagen aufgrund Informations- und Motivationsgefälle

Es sind verschiedene Begründungsansätze mit institutioneller Schutzkonzeption denkbar. Schon *Ludwig Raiser* hat in seiner richtungsweisenden Arbeit zum AGB-Recht auf das Gemeinwohl zurückgegriffen.<sup>31</sup> Nach weit verbreiteter Ansicht in der zeitgenössischen deutschen Literatur sollen durch die Inhaltskontrolle von AGB ausserdem der Markt, die Rechtsordnung und der Wirtschaftsverkehr geschützt wer-

(Untersuchung der Fragestellung, ob das AGB-Gesetz einen sinnvollen Staatseingriff darstellt), 680 (Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse der Kosten-Nutzen-Analyse); *Zweigert/Kötz* (Fn. 1), 326 f. (Transaktionskosten); *Kötz* (Fn. 3), 213 (Informationsasymmetrie); *Kötz* (Fn. 1), 194 f. (Transaktionskosten); *Fuchs* (Fn. 7), Rn. 36 von Vorbemerkung zu § 307 BGB (Kompensation von Marktversagen, insbesondere wegen des erheblichen Informations- und Motivationsgefälles zwischen Verwender und Vertragspartner); *Jürgen Basedow*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch, Münchener Kommentar*, Bd. 2, 8. Aufl., München 2019, Rn. 4 ff. von Vorbemerkung zu § 305 BGB (partielles Marktversagen, insbesondere Informations- und Motivationsgefälle), Rn. 42 ff. zu § 307 BGB (Marktversagen aufgrund prohibitiv hoher Transaktionskosten); *Gerald Mäsch*, in: *Staudinger* (Hrsg.), *AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, Bd. I, 18. Aufl., Berlin 2019, Rn. 8 von Vorbemerkung zu §§ 305 ff. BGB (Marktversagen, insbesondere strukturelles Motivations- und Informationsgefälle); *Matthias Wendland*, in: *Staudinger* (Hrsg.), *AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, Bd. I, 18. Aufl., Berlin 2019, Rn. 4 zu § 307 BGB (Schutz des funktionierenden, wettbewerbsgesteuerten Marktes).

<sup>28</sup> Vgl. dazu etwa *Pfeiffer* (Fn. 7), Rn. 18 ff. (vorformulierte Individualklauseln) und Rn. 30 ff. (Berücksichtigung vertragsschlussbegleitender Umstände) zu § 310 Abs. 3 BGB. Siehe hierzu etwa *Markus Stoffels*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (Hrsg.), *AGB-Recht, Kommentar*, 6. Aufl., München 2013, Rn. 1 f. von Anhang zu § 310 BGB.

<sup>29</sup> Vgl. dazu etwa *Andreas Furrer*, *Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz?*, *HAVE 2011* 324 ff., 327, wonach die Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG auf Konsumentenverträge wenig überzeugt; *Isabelle Wildhaber*, *Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr*, *SJZ 107* (2011) 537 ff., 537, 545, wonach auch im unternehmerischen Verkehr erhebliche Unterschiede bezüglich der Schutzbedürftigkeit festzustellen sind, sodass sich im Rahmen der Revision von Art. 8 UWG eine Gleichbehandlung von Konsum- und Handelsgeschäften aufgedrängt hätte.

<sup>30</sup> *Michael Adams*, *Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)*, in: *Neumann* (Hrsg.), *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*, Berlin 1984, 655 ff., 657

<sup>31</sup> *Ludwig Raiser*, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg 1935, 277 ff. (Grenzen der Vertragsfreiheit). Siehe auch *Hellwege* (Fn. 2), 540 ff. (Gemeinwohl).

den, um die Nachteile eines nicht funktionierenden Konditionenwettbewerbs zu kompensieren.<sup>32</sup> Bei all diesen Begründungsansätzen geht es im Kern immer um die Korrektur eines Marktversagens, das im Wesentlichen auf einer Informationsasymmetrie und prohibitiv hohen Transaktionskosten beruht.<sup>33</sup> Folge davon ist ein Funktionsdefizit des Konditionenwettbewerbs.

Konzeptioneller Ausgangspunkt dieses Ansatzes ist die fehlende Möglichkeit der anderen Vertragspartei, sich selbst zu schützen.<sup>34</sup> Die Inhaltskontrolle von AGB dient demnach der Kompensation eines Marktversagens, das sich in der Bewahrung des Vertrags als Mittel zur materiellen Verwirklichung der Privatautonomie äussert.<sup>35</sup> Diesem marktorientierten Erklärungsansatz liegen ein formales Verständnis der Vertragsfreiheit und ein liberales Vertragsmodell zugrunde, wonach die Herausbildung von individuellen Präferenzen gestützt auf die Gleichheit und Freiheit der Vertragspartner und unter Rückbesinnung auf Marktmechanismen als ausreichend eingestuft wird, um die inhaltliche Richtigkeit und Gerechtigkeit des Vertrags zu gewährleisten.<sup>36</sup> Zudem lässt sich in konzeptioneller Hinsicht zu Recht feststellen, dass sich im Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Zwang mit dem Informationsmodell «eine neue Stufe der Rechtsentwicklung» herauskristallisiert hat.<sup>37</sup>

Die erste Ursache eines Marktversagens kann in vorbestehenden *Informationsasymmetrien* (Informationsgefälle) zwischen der AGB-Verwenderin und dem Kunden gesehen werden.<sup>38</sup> Anbieter von Waren und Dienstleistungen im Massengeschäft kennen ihre Vertragsbedingungen und deren wirtschaftliche Auswirkungen wesentlich besser als deren Kundschaft. Bereits in der Ausgangslage verfügen diese daher über mehr und bessere Informationen als ihr Gegenüber. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sind daher die Informationen über die Umstände, welche für den Abschluss und Inhalt des Vertrags von Bedeutung sind, unter den Parteien ungleich verteilt. In der Konsequenz bewirkt diese fehlende Markttransparenz, gekoppelt mit einer zumeist geringen Aufmerksamkeit des Kunden gegenüber AGB (dazu sogleich), dass die durchschnittliche Qualität der AGB mehr und mehr abnimmt. Das Ergebnis der in einer solchen Konstellation frei spielenden Marktmechanismen ist daher ein Verschlechterungswettbewerb, der als «Race to the Bottom» bezeichnet werden kann. Dieser Vorgang lässt sich anhand eines – auch als «Adverse Selection» bekannten – Selektionsproblems erklären, das sich daraus ergibt, dass der Kunde die Qualität einer Information nicht oder zumindest nicht verlässlich einschätzen und beurteilen kann.<sup>39</sup>

<sup>32</sup> *Hellwege* (Fn. 2), 543 (Markt), 543 f. (Rechtsordnung); *Ulmer/Habersack* (Fn. 7), Rn. 59 von Einleitung zu BGB (Markttransparenz und Stimulierung des Konditionenwettbewerbs); *Wendland* (Fn. 30), Rn. 4 zu § 307 BGB (Schutz des funktionierenden, wettbewerbsgesteuerten Marktes); *Grüneberg* (Fn. 7), Rn. 8 von Überblick zu § 305 BGB (Schutz des Wirtschaftsverkehrs durch funktionierenden Konditionenwettbewerb).

<sup>33</sup> Im Einzelnen hierzu *Hellwege* (Fn. 2), 554 ff. (Korrektur eines Marktversagens bei einer Informationsasymmetrie). So insbesondere *Fuchs* (Fn. 7), Rn. 36 von Vorbemerkung zu § 307 BGB; *Basedow* (Fn. 30), Rn. 6 von Vorbemerkung zu § 305 BGB, Rn. 42 ff. zu § 306 BGB.

<sup>34</sup> Vgl. etwa *Fuchs* (Fn. 7), Rn. 33 von Vorbemerkung zu § 307 BGB.

<sup>35</sup> So etwa *Fuchs* (Fn. 7), Rn. 36 von Vorbemerkung zu § 307 BGB.

<sup>36</sup> Vgl. dazu etwa *Schön* (Fn. 12), 1191 f. (Freiheitsmodell); *Wagner* (Fn. 12), 192 (formales Vertragsmodell).

<sup>37</sup> So *Schön* (Fn. 12), 1193 ff. (Informationsmodell), 1195, unter Verweis auf viele grundlegende Arbeiten von *Klaus J. Hopt*, *Stefan Grundmann* und *Hanno Merkt*, *Barbara Dauner-Lieb* und *Josef Drexl* sowie *Horst Eidenmüller* und *Holger Fleischer*, so etwa *Klaus J. Hopt*, *Der Kapitalanleger-*

*schutz im Recht der Banken*, Habil. München 1975, 88 ff. (Informationsrisiko), 304 ff. (Informationsrisiko); *Stefan Grundmann*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2011, 122 ff. (Publizität, insbesondere Gründungspublizität); *Hanno Merkt*, *Unternehmenspublizität*, Habil. Hamburg, Tübingen 2001, 229 ff. (Grundlagen der Dogmatik der Unternehmenspublizität), 389 ff. (Grundelemente der Unternehmenspublizität); *Holger Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, Habil. Köln, München 2001, 19 ff. (Vertragsrechtsgeschichte), 93 ff. (Wirtschaftswissenschaften), um nur einige dieser richtungsweisenden Werke zu nennen. Siehe auch *Barbara Dauner-Lieb/Constantin Axer*, *Quo vadis AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr*, ZIP 2010 309 ff., 313 (AGB-Kontrolle in einem marktorientierten Informationsmodell).

<sup>38</sup> Vgl. dazu etwa *Patrick C. Leyens/Hans-Bernd Schäfer*, *Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen*, AcP 210 (2010) 771 ff., 779 ff. (Informationsasymmetrien als Regelungsgrund); *Leuschner* (Fn. 19), 494 ff. (Informationsasymmetrien als Folge prohibitiv hoher Transaktionskosten).

<sup>39</sup> Grundlegend *George A. Akerlof*, *The Market for «Lemons»*: *Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, QJE 84 (1970) 488 ff., 500 (Pionierarbeit zum Informationspro-

Die zweite Ursache des Marktversagens liegt in den prohibitiv hohen *Transaktionskosten* (Motivationsgefälle) des Kunden.<sup>40</sup> Sofern sich der Kunde weitere Informationen verschaffen will, kostet das Zeit und Geld. Dieser zusätzliche Aufwand erhöht die bei Vertragsabschluss anfallenden Transaktionskosten erheblich. Häufig würden diese Transaktionskosten den Wert der angebotenen Waren und Dienstleistungen gar übersteigen. Daher verhält sich der Kunde rational, wenn er sich den Klauseln unterwirft. Es ist in aller Regel so, dass sich die AGB-Verwenderin nicht nur aus Gründen der Rationalisierung regelmässig nicht auf ein individuelles Aushandeln der Vertragsbedingungen einlassen will, sondern dass es auch für den Vertragspartner oftmals rational ist, sich den von der Verwenderin gestellten AGB zu «unterwerfen». Entscheidend dafür ist der mit einer eingehenden Kenntnisnahme und Bewertung verbundene Aufwand an Ressourcen und Kosten, die in keinem Verhältnis zu den damit erzielbaren Vorteilen stehen. Während sich dieser Aufwand für die AGB-Verwenderin lohnen kann, da sie regelmässig Transaktionen derselben Art abschliesst, trifft dies auf den Vertragspartner häufig nicht zu. Er wird sich daher auf die Aushandlung der wesentlichen Vertragspunkte konzentrieren und den Rest aussen vor lassen.

Folge dieser beiden, soeben beschriebenen Zusammenhänge ist ein Marktversagen, das sich darin äussert, dass der Konditionenwettbewerb nicht oder zumindest nicht richtig funktioniert.<sup>41</sup> Hauptgründe

blem, wonach die Marktteilnehmer nicht zwischen guter und schlechter Qualität einer Ware oder Dienstleistung unterscheiden können, und dem damit verbundenen Marktversagen, dass sich ohne richtige Informationen keine optimalen Entscheidungen treffen lassen). Siehe auch *Adams* (Fn. 30), 664 f. (Übertragung dieses Gedankengangs auf AGB).

<sup>40</sup> Vgl. hierzu etwa *Lars Leuschner*, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr, *JZ* 2010 875 ff., 879 f. (AGB-Kontrolle als Reaktion auf ein Transaktionskostenproblem); *Basedow* (Fn. 30), Rn. 7 von Vorbemerkung zu § 305 BGB, m.w.N. (prohibitiv hohe Transaktionskosten als Grund des Marktversagens).

<sup>41</sup> *Adams* (Fn. 30), 659 ff. (Verneinung der Frage, ob der Wettbewerb in der Lage ist, optimale AGB durchzusetzen, und Bejahung der Frage, ob ein gesetzlicher Eingriff die Stellung der Kunden verbessern kann); *Mathias Habersack*, Richtigkeitsgewähr notariell beurkundeter Verträge, *AcP* 189 (1989) 403 ff., 414 (fehlende Funktionsfähigkeit des Konditionenwettbewerbs); *Wackerbarth* (Fn. 10), 69 ff. (mangelnder Konditionenwettbewerb).

für die Verhinderung der Entstehung von Konditionenwettbewerb und das dadurch bewirkte Versagen des Vertragsmechanismus sind die fehlende Transparenz des Konditionenmarktes einerseits sowie hohe, dem Kunden unzumutbare Verständnisverschaffungskosten andererseits.<sup>42</sup> Aus diesen Überlegungen, die sich im Kern auf Informationsasymmetrien und (prohibitiv hohe) Transaktionskosten zurückführen lassen, lässt sich eine gerichtliche Inhaltskontrolle von AGB nicht nur rechtfertigen, sondern drängt sich geradezu auf.

Kritisch einzustufen ist in dieser Hinsicht immerhin, dass die Inhaltskontrolle nicht etwa zu einer Wiederherstellung oder Stärkung des Konditionenwettbewerbs führt, sondern zu einer weiteren Schwächung, wenn nicht sogar völligen Ausschaltung desselben.<sup>43</sup> Dies deshalb, weil die Vertragsgestaltung dadurch weiter an Bedeutung verliert und es letzten Endes nur noch um den Preis und die Qualität des Angebots geht. Das spricht allerdings noch nicht gegen eine Inhaltskontrolle von AGB, zumal die Steuerungsfunktion von Markt und Wettbewerb offenbar nicht anderweitig sichergestellt werden kann.

## 2. Gewährleistung des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs

Ein weiterer den Institutionenschutz konkretisierender Ansatz stellt die Gewährleistung des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs in den Vordergrund. Die Beziehung zwischen Vertragsfreiheit und Wettbewerb war zwar immer wieder Gegenstand von juristischen Abhandlungen, ist aber nach wie vor nicht restlos geklärt. *Fritz Rittner* hat sich etwa vor rund 30 Jahren in einem Aufsatz zum Verhältnis zwischen Vertrag und Wettbewerb kritisch mit der These befasst, dass der Wettbewerb insbesondere die Funktion hat, eine wenigstens annähernde Gleichheit der Vertragsparteien herzustellen, um dadurch dem Anspruch an die Herstellung von Vertragsgerechtigkeit Genüge zu tun.<sup>44</sup> Als Ergebnis dieser Strömung liegt

<sup>42</sup> So etwa *Habersack* (Fn. 41), 416 (Gefahr des Missbrauchs der einseitig in Anspruch genommenen Vertragsgestaltungsfreiheit durch den Verwender).

<sup>43</sup> Vgl. dazu etwa *Fuchs* (Fn. 7), Rn. 37 von Vorbemerkung zu § 307 BGB.

<sup>44</sup> *Fritz Rittner*, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, *AcP* 188 (1988) 101 ff., 126 ff. (Wettbewerb als Voraussetzung des Vertrags). Ebenso dahingehend *Coes-*

die Schlussfolgerung nahe, dass der gegebenenfalls durch hoheitliche Eingriffe zu sichernde Wettbewerb eine notwendige Vorbedingung für die Herstellung der Gerechtigkeit – im Sinne der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung – durch Vertragsabschluss darstellen kann.

Der Markt für angemessene und faire Geschäftsbedingungen versagt insofern, als es zu keiner Bereinigung des Marktes von unangemessenen Klauseln kommt, da darüber nicht weiter verhandelt wird.<sup>45</sup> Grund dafür sind – wie soeben überblicksartig besprochen – Informationsasymmetrien einerseits und die damit verbundenen (oftmals prohibitiv hohen) Transaktionskosten für die Beschaffung und Auswertung der dafür notwendigen Informationen sowie die entsprechenden Vertragsverhandlungen andererseits. Das dadurch hervorgerufene funktionale und strukturelle Ungleichgewicht kann daher infolge der sehr stark eingeschränkten Wirksamkeit des Konditionenwettbewerbs nicht durch Marktmechanismen ausgeglichen werden.<sup>46</sup> Der AGB-Kontrolle kommt diesbezüglich die Funktion zu, für eine bestimmte Mindestqualität der AGB zu sorgen. Die Gesetzgebung vieler europäischer Länder – darunter auch die Schweiz – schreibt daher vor, dass die betreffenden Klauseln ungültig sind, wenn sie diese Mindestqualität nicht erreichen. Wann dies der Fall ist, darin unterscheiden sich die verschiedenen Gesetze der einzelnen Länder jedoch nicht unerheblich.

Das schweizerische Recht regelt die Inhaltskontrolle von AGB im Lauterkeitsrecht (Art. 8 UWG). Auch wenn dieses Gesetz geradezu bezweckt, «den lauterer und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten» (Art. 1 UWG), ist zu Recht einzugestehen, dass Art. 8 UWG (Ver-

wendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen) in diesem Gesetz ein Fremdkörper ist und bleibt. Für den Schutzzweck dieser Norm von Bedeutung ist aber, dass Art. 8 UWG damals wie heute an die deutsche Regelung (§ 307 BGB, vormals § 9 AGBG) angelehnt und daher in einem vertragsrechtlichen Kontrollmodell verhaftet bleibt.<sup>47</sup>

Anders verhält es sich demgegenüber in vielen europäischen Ländern, so auch in Deutschland, wo die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten als äusserst vielschichtig beschrieben werden kann.<sup>48</sup> Die wettbewerbsrechtlichen Gesetze und Vorschriften, so namentlich das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, dürften jedoch aufgrund ihrer unterschiedlichen Ausrichtung, Ansatzpunkte und Eingriffsschwellen, die im Wesentlichen auf den Schutz des Wettbewerbs als Ordnungsprinzip abstellen, neben den schuldrechtlichen Vorschriften (insbesondere § 307 BGB) anwendbar sein.<sup>49</sup>

Immerhin lässt sich sagen, dass dem Transparenzgebot, das manche Rechtsordnungen – so etwa Deutschland (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) – vorsehen, eine wettbewerbsfördernde Funktion zugeschrieben werden kann, indem der Konditionenwettbewerb dadurch zumindest mittelbar gestärkt wird.<sup>50</sup> Diese Aussage ist aber insofern zu relativieren, als die Kundschaft den AGB beim Vertragsschluss schlicht und einfach keine allzu grosse Beachtung schenkt.

#### IV. Ergebnis

Der Schutzzweck der Inhaltskontrolle von AGB besteht im Schutz der schwächeren Vertragspartei einerseits und im Schutz der Steuerungsfunktion von

ter-Waltjen (Fn. 9), 24 (Wettbewerb als Voraussetzung der Vertragsfreiheit). Aus praktischer Sicht *Stefan Tüngler/Peter Ruess*, In welchem Verhältnis stehen die Schutzvorschriften des AGB-Rechts zu den Bestimmungen des UWG?, WRP 2009 1336 ff. (Untersuchung am Beispiel von Preisanpassungsklauseln in Energielieferungsverträgen).

<sup>45</sup> Vgl. dazu etwa *Wackerbarth* (Fn. 10), 69 ff. (mangelnder Konditionenwettbewerb); *Coester-Waltjen* (Fn. 9), 24 (Verlust der Richtigkeitsgewähr infolge eines Versagens des für die Vertragsfreiheit als Grundlage vorausgesetzten Wettbewerbs); *Fuchs* (Fn. 7), Rn. 32 (nicht hinreichende Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs) und Rn. 34 (sehr eingeschränkte Wirksamkeit des Konditionenwettbewerbs) von Vorbemerkung zu § 307 BGB.

<sup>46</sup> So etwa *Fuchs* (Fn. 7), Rn. 34 von Vorbemerkung zu § 307 BGB.

<sup>47</sup> *Thouvenin* (Fn. 6), Rn. 61 zu Art. 8 UWG, m.w.N.

<sup>48</sup> Vgl. dazu etwa *Ulmer/Habersack* (Fn. 7), Rn. 8 (keine angemessene Ausgestaltung von AGB in den Konsumgütermärkten infolge ausbleibenden Überflügelungswettbewerbs) und Rn. 9 (nachteilige Auswirkungen von Einschränkungen des Konditionenwettbewerbs zwischen Konkurrenten) von Einleitung zu BGB.

<sup>49</sup> Vgl. etwa *Pfeiffer* (Fn. 7), Rn. 50 ff. (Verhältnis zum GWB und zu Art. 101 und Art. 102 AEUV) und Rn. 63 (Verhältnis zum UWG) zu § 307 BGB; *Fuchs* (Fn. 7), Rn. 78 ff. (Verhältnis zum Wettbewerbs- und Kartellrecht) und Rn. 89 ff. (Verhältnis zum UWG) von Vorbemerkung zu §§ 307 BGB.

<sup>50</sup> So auch *Fuchs* (Fn. 7), Rn. 38 von Vorbemerkung zu § 307 BGB. Kritisch demgegenüber *Leyens/Schäfer* (Fn. 38), 798.

Markt und Wettbewerb andererseits. Dabei handelt es sich jedoch nicht um sich gegenseitig ausschließende Schutzkonzeptionen, im Gegenteil: Individual- und Institutionenschutz bedingen und ergänzen sich gegenseitig.<sup>51</sup> Dasselbe gilt für die verschiedenen Begründungsansätze der Inhaltskontrolle, auch und insbesondere in methodischer Hinsicht.<sup>52</sup> Im Ergebnis kann daher als zentrale These dieses Beitrags festgehalten werden, dass der Individualschutz einerseits und der Institutionenschutz andererseits als gleichberechtigte Grundpfeiler einer vertragstheoretischen und rechtsökonomischen Rechtfertigung der Inhaltskontrolle von AGB fungieren.

Beim Individualschutz besteht die Rolle des Rechts darin, Ungleichgewichtslagen wieder zurück ins Gleichgewicht zu bringen. Verschiedene vertragstheoretische Ansätze, die jeweils auf einer bestimmten Unterlegenheit des Vertragspartners gegenüber der AGB-Verwenderin beruhen, haben einen wichtigen Beitrag zur Legitimation der Inhaltskontrolle geleistet. Unter Rückgriff auf diese Ansätze kann namentlich eine Erstreckung der Inhaltskontrolle auf *einseitig gestellte Vertragsbedingungen* begründet werden, die sich gegenüber AGB dadurch abgrenzen, dass sie keiner Mehrfachverwendung dienen.<sup>53</sup> Ausserdem führen diese Ansätze dazu, dass neben Konsumgeschäften auch der *unternehmerische Geschäftsverkehr* von einer Inhaltskontrolle erfasst wird.<sup>54</sup> Darüber hinaus spielen auch die Ideen des Konsumenten- und Verbraucherschutzes eine nicht zu unterschätzende Rolle. Konsequenter durchgedacht, würde eine solche Schutzkonzeption dazu führen, dass nicht nur AGB, sondern *alle Vertragsbe-*

*dingungen*, insbesondere auch *Individualabreden*, einer Inhaltskontrolle zugänglich sind. Gleichzeitig würde dieses Schutzkonzept aber auch bedeuten, dass nur *Konsumenten- oder Verbraucherverträge* der Inhaltskontrolle unterstehen dürfen.<sup>55</sup>

Der Institutionenschutz orientiert sich demgegenüber vorwiegend an einem (partiellen) Marktversagen, das im Wesentlichen auf ein Informations- und Motivationsgefälle zurückgeführt werden kann, und dem daraus resultierenden Funktionsdefizit des Konditionenwettbewerbs. Die vielversprechendsten rechtsökonomischen Erklärungsansätze sind daher im Bereich von Informationsasymmetrien und Transaktionskosten zu suchen. Demnach hat sich die Inhaltskontrolle auf AGB – verstanden als *alle zur Mehrfachverwendung vorformulierten, einseitig gestellten Vertragsbedingungen* – zu beschränken.<sup>56</sup> Im Gegenzug ist die Inhaltskontrolle unter diesen Erklärungsansätzen aber neben Konsumgeschäften auf den *unternehmerischen Geschäftsverkehr* auszuweiten.<sup>57</sup> Dem Recht kommt zudem die ebenso zentrale Rolle zu, einen lautereren und unverfälschten (Konditionen-) Wettbewerb zu gewährleisten. Dieser Ansatz würde dafür sprechen, auch *nicht individuell ausgehandelte Vertragsbedingungen* der Inhaltskontrolle zu unterstellen. Zudem kann dieser Ansatz – wie dies etwa aktuell in der Schweiz der Fall ist – eine Beschränkung der Inhaltskontrolle auf *Konsumenten- oder Verbraucherverträge* rechtfertigen.

Ist nun eine Inhaltskontrolle von AGB gerechtfertigt oder nicht? So einfach lässt sich diese Frage, so simpel sie auch formuliert sein mag, nicht beantworten. Bei der Rechtfertigung einer solchen Inhaltskontrolle kommt es, wie soeben überblicksartig veranschaulicht, ganz entscheidend auf den zugrunde gelegten Schutzzweck an. Interessant ist dabei insbesondere die Feststellung, dass kein Schutzzweck für sich allein genommen einen bestimmten Minimal- oder Maximalschutz fordert. Ein Mehr an Schutz in einer Hinsicht wird jeweils mit weniger Schutz in anderer Hinsicht gepaart, wodurch insgesamt zumin-

<sup>51</sup> Rolf Sethe, in: Heiss/Loacker (Hrsg.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich 2020, Rn. 8.168 von § 8, kommt bei der Untersuchung der Frage, in welchem Verhältnis Anleger- und Konsumentenschutz zueinander stehen, ebenso zum Ergebnis, «dass sich beide Schutzkonzepte nicht gegenseitig ausschliessen, sondern teilweise überlappen und gegenseitig ergänzen».

<sup>52</sup> So schon Hellwege (Fn. 3), 1130 ff., der sich dezidiert dafür ausspricht, dass das deutsche AGB-Recht zwei Formen der Inhaltskontrolle enthält, die Kontrolle einseitig gestellter Vertragsbedingungen in Verbraucherverträgen einerseits und die Kontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr andererseits.

<sup>53</sup> Ähnlich Hellwege (Fn. 3), 1134 (Schwächerenschutz).

<sup>54</sup> Ähnlich, zumindest in Teilbereichen des Unternehmerverkehrs, etwa bei Verträgen mit Existenzgründern oder bei Verträgen zwischen einem KMU und einem anderen Unternehmen, Hellwege (Fn. 3), 1135 (Schwächerenschutz).

<sup>55</sup> So auch, obwohl etwas umfassender, Hellwege (Fn. 3), 1134, wonach es – unter Rückgriff auf Gedanken des partiellen Marktversagens und des Schwächerenschutzes – als gesichert gilt, dass Verbraucher im Verhältnis zu Unternehmern zusätzlichen Schutzes bedürfen.

<sup>56</sup> So schon Kötz (Fn. 3), 213 (Informationsasymmetrie); Hellwege (Fn. 3), 1134 (partielles Marktversagen).

<sup>57</sup> Ähnlich Hellwege (Fn. 3), 1134 (partielles Marktversagen).

dest der Eindruck eines ausgeglichenen Systems erweckt wird. Angesichts der im Rahmen dieses Beitrags herausgearbeiteten Schutzzwecke ist es an und für sich richtig, dass der Gesetzgeber eine Regelung vorsieht, wonach die Gerichte eine Inhaltskontrolle vornehmen können, sofern einzelne oder mehrere Erklärungsansätze greifen. Die Frage, wie diese Inhaltskontrolle im Einzelnen ausgestaltet werden soll, muss jedoch nach wie vor offen bleiben. Die Analyse der einzelnen Schutzzwecke zeigt diesbezüglich kein

eindeutiges Ergebnis, welches so und nicht anders umgesetzt werden muss. Vielmehr können verschiedene Schutzzwecke ganz unterschiedliche Spielarten der Inhaltskontrolle rechtfertigen. Unter Rückgriff auf den Schutzzweck können jedoch weder in vertragstheoretischer noch in rechtsökonomischer Hinsicht zwingende Gründe angeführt werden, wonach der liberale Regelungsansatz der Schweiz einem stärkeren regulatorischen Eingriff weichen sollte.