

German Working Papers in Law and Economics

Volume 2007

Paper 8

Die unterschiedlichen Grundlagen von
deutschem AGB-Recht und europäischer
Klauselvertragsrichtlinie – ökonomische
und rechtliche Überlegungen zu
Systembrüchen in der Umsetzung von
Europäischem Recht

Georg von Wangenheim
Universität Kassel

Sylvia Rückebeil
Universität Kassel

**Die unterschiedlichen Grundlagen von deutschem AGB-Recht und
europäischer Klauselvertragsrichtlinie – ökonomische und rechtliche
Überlegungen zu Systembrüchen in der Umsetzung von
Europäischem Recht**

Abstract

Wer zehn Jahre nach der Umsetzung der europäischen Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13/EWG) in das deutsche Recht durch die Änderung des AGB-Gesetzes von 1996 über die unterschiedlichen Grundlagen des deutschen AGB-Rechts und der europäischen Verbrauchervertragsklausel-Richtlinie schreibt, muss sich fragen lassen warum das Thema noch interessant sein sollte. Die Antwort, die wir hier geben wollen, beruft sich auf den Gegenstand dieser Tagung. Es geht hier um Voraussetzungen, unter denen sich europäisches Zivilrecht herausbilden kann.

Ein einheitliches europäisches Zivilrecht wird sicher nicht durch einen „großen Wurf“ geschaffen, sondern wird sich schrittweise in einzelnen Rechtsgebieten herausbilden und hat das teilweise auch schon getan, wie einige der anderen Vorträge dieser Tagung zeigen. Die Herausbildung einheitlichen Rechts wird aber erschwert, wenn in den einzelnen Rechtsgebieten nicht auf allgemeine Grundsätze zu Regelungsbereichen zurückgegriffen werden kann, die das gleiche Regelungsziel verfolgen. Genau diese Voraussetzung hat, so werden wir im Folgenden argumentieren, im Bereich des deutschen AGB-Rechts und der Vertragsklausel-Richtlinie gefehlt, weil Bereiche mit nur scheinbar gleichem Regelungsziel miteinander vermengt wurden. Das hatte zur Folge, dass Brüche und Unstimmigkeiten im deutschen AGB-Recht entstanden, die nun über Auslegung geheilt werden müssen, die die unterschiedlichen Ziele des deutschen AGB-Rechts und der Vertragsklausel-Richtlinie wieder voneinander trennt. Erfolgt diese Trennung nicht, so wird die Erreichung beider Ziele, wie wir im Folgenden zeigen wollen, beeinträchtigt. Um diese Behauptungen zu untermauern werden wir, nachdem wir ganz kurz die Geschichte des deutschen AGB-Rechts und der europäischen Vertragsklausel-Richtlinie in Erinnerung rufen (Abschnitt B), zunächst darstellen, wie sich die Regulierung allgemeiner Geschäftsbedingungen als ein Weg zur Senkung von Transaktionskosten ökonomisch begründen lässt und welche ökonomischen Argumente rechtlichen Verbraucherschutz stützen können. (Abschnitt C). Wir werden dann zeigen, dass sich das deutsche AGB-Recht, wie es vor der Vertragsklausel-Richtlinie gegolten hat, vom ökonomischen Transaktionskostenargument geprägt war und dem Verbraucherschutz nur sekundär gedient hat, während es bei der Vertragsklausel-Richtlinie genau umgekehrt ist (Abschnitt D). Diese Erkenntnisse werden wir dann nutzen um zu zeigen, wie es aufgrund der Zusammenführung des alten deutschen AGB-Rechts mit der Vertragsklausel-Richtlinie im neuen AGB-Recht zu Brüchen und dem Bedarf nach unterschiedlicher Auslegung derselben Ausdrücke des AGB-Rechts für Verbraucherverträge und andere Verträge kommt (Abschnitt E). Aus diesen Erkenntnissen, werden wir dann die

bereits angedeuteten Schlussfolgerungen für die Entwicklung einheitlichen europäischen Zivilrechts ziehen (Abschnitt F).

Die unterschiedlichen Grundlagen von deutschem AGB-Recht und europäischer Klauselvertragsrichtlinie – ökonomische und rechtliche Überlegungen zu Systembrüchen in der Umsetzung von Europäischem Recht

von *Georg von Wangenheim* und *Sylvia Rückebell*¹

A. Einleitung

Wer zehn Jahre nach der Umsetzung der europäischen Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13/EWG) in das deutsche Recht durch die Änderung des AGB-Gesetzes von 1996² über die unterschiedlichen Grundlagen des deutschen AGB-Rechts und der europäischen Verbrauchervertragsklausel-Richtlinie schreibt, muss sich fragen lassen warum das Thema noch interessant sein sollte. Die Antwort, die wir hier geben wollen, beruft sich auf den Gegenstand dieser Tagung. Es geht hier um Voraussetzungen, unter denen sich europäisches Zivilrecht herausbilden kann.

Ein einheitliches europäisches Zivilrecht wird sicher nicht durch einen „großen Wurf“ geschaffen, sondern wird sich schrittweise in einzelnen Rechtsgebieten herausbilden und hat das teilweise auch schon getan, wie einige der anderen Vorträge dieser Tagung zeigen. Die Herausbildung einheitlichen Rechts wird aber erschwert, wenn in den einzelnen Rechtsgebieten nicht auf allgemeine Grundsätze zu Regelungsbereichen zurückgegriffen werden kann, die das gleiche Regelungsziel verfolgen. Genau diese Voraussetzung hat, so werden wir im Folgenden argumentieren, im Bereich des deutschen AGB-Rechts und der Vertragsklausel-Richtlinie gefehlt, weil Bereiche mit nur scheinbar gleichem Regelungsziel miteinander vermengt wurden. Das hatte zur Folge, dass Brüche und Unstimmigkeiten im deutschen AGB-Recht entstanden, die nun über Auslegung geheilt werden müssen, die die unterschiedlichen Ziele des deutschen AGB-Rechts und der Vertragsklausel-Richtlinie wieder voneinander trennt. Erfolgt diese Trennung nicht, so wird die Erreichung beider Ziele, wie wir im Folgenden zeigen wollen, beeinträchtigt.³

Um diese Behauptungen zu untermauern werden wir, nachdem wir ganz kurz die Geschichte des deutschen AGB-Rechts und der europäischen Vertragsklausel-Richtlinie in Erinnerung rufen (Abschnitt B), zunächst darstellen, wie sich die Regulierung allgemeiner Geschäftsbedingungen als ein Weg zur Senkung von Transaktionskosten ökonomisch begründen lässt und welche ökonomischen Argumente rechtlichen Verbraucherschutz stützen können. (Abschnitt

¹ Wir danken den Teilnehmern des X. Travemünder Symposiums und insbesondere Herrn Christian Kirchner für eine Vielzahl hilfreicher Anmerkungen. Alle verbleibenden Schwächen dieses Aufsatzes gehen selbstverständlich allein auf unser Konto.

² Gesetz zur Änderung des AGBG und der Insolvenzordnung vom 19.07.1996

³ Es drängt sich hier der Verweis auf Tinbergens (1956) Einsicht auf, dass in der Wirtschaftspolitik die Anzahl der Instrumente nie kleiner sein darf als die Anzahl der Ziele, wenn man die Ziele alle erreichen will.

C). Wir werden dann zeigen, dass sich das deutsche AGB-Recht, wie es vor der Vertragsklausel-Richtlinie gegolten hat, vom ökonomischen Transaktionskostenargument geprägt war und dem Verbraucherschutz nur sekundär gedient hat, während es bei der Vertragsklausel-Richtlinie genau umgekehrt ist (Abschnitt D). Diese Erkenntnisse werden wir dann nutzen um zu zeigen, wie es aufgrund der Zusammenführung des alten deutschen AGB-Rechts mit der Vertragsklausel-Richtlinie im neuen AGB-Recht zu Brüchen und dem Bedarf nach unterschiedlicher Auslegung derselben Ausdrücke des AGB-Rechts für Verbraucherverträge und andere Verträge kommt (Abschnitt E). Aus diesen Erkenntnissen, werden wir dann die bereits angedeuteten Schlussfolgerungen für die Entwicklung einheitlichen europäischen Zivilrechts ziehen (Abschnitt F).

B. Entstehungsgeschichte des deutschen AGB-Rechts und der Vertragsklausel-Richtlinie

Bereits lange vor der Ausarbeitung eines speziellen Gesetzes wurde die Erforderlichkeit der Inhaltskontrolle von AGB diskutiert.⁴ Die Rechtsprechung entwickelte Grundsätze, die sowohl für die Einbeziehung, als auch die Inhaltskontrolle heranzuziehen waren. Die Kriterien orientierten sich an den Geboten von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB⁵. Derjenige, der einseitig die Bedingungen eines Formularvertrages aufstellt, muss schon bei Abfassen derartiger Bedingungen die Interessen seiner künftigen Vertragspartner angemessen berücksichtigen. Bei missbräuchlicher Verfolgung seiner eigenen Interessen durch formularmäßige Bedingungen, die der Billigkeit widersprechen und den Vertragspartner über Gebühr belasten, waren diese Bedingungen gemäß § 138 BGB rechtsunwirksam.⁶

Anfang der 70iger Jahre war der Gesetzgeber bestrebt, diese von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze gesetzlich zu normieren. Vor dem Hintergrund einer politischen Diskussion um Verbraucherschutz in der Bundesrepublik war man sich bei der Zielsetzung des geplanten AGBG allerdings uneinig. Es gab Bestrebungen dieses als reines Verbraucherschutzgesetz auszuformulieren. So trug auch der Referentenentwurf dem Verbraucherschutzgedanken Rechnung, in dem er im Rahmen des persönlichen Anwendungsbereichs Kaufleute ausschloss⁷. Auf dem 50. Deutschen Juristentag wurde kontrovers über die Konzeption des geplanten AGBG diskutiert⁸. Hier wurde die Ansicht vertreten, dass ein systemkonformer und funktionsgerechter Ansatz einer richterlichen Inhaltskontrolle durch das Verbot des Missbrauchs von Gestaltungsfreiheit gewährleistet ist. Auch aus Gründen der Rechtssicherheit sollte diese Missbrauchskontrolle nicht an die wirtschaftliche Überlegenheit des AGB-Verwenders anknüpfen.⁹ Diesem Ansatz ist der Gesetzgeber gefolgt, der in § 24 AGBG Kaufleute grundsätzlich in den Schutzbereich des Gesetzes einbezogen hat. Anhand dieser Entscheidung wurde das AGBG nunmehr verstanden, als Schutzinstrument jedes Vertragspartners vor einseitig missbräuchlich ausgeübter Gestaltungsfreiheit.

Während es dem deutschen Gesetzgeber, wie vormalig auch der Rechtsprechung darum ging, massenhaft dargebotene, normersetzende Klauselwerke einer Inhaltskontrolle zuzuführen und somit die Stellung des AGB-Verwenders als „Quasigesetzgeber“ mit Pflichten zu belegen, ging die Zielsetzung in Europa in eine andere Richtung. Im Rahmen des von der Europäi-

⁴ Grundlegend dazu *Raiser* (1935/1961)

⁵ BGH ZIP 1982, 698

⁶ BGH NJW 1983, 159

⁷ Referentenentwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1974, Beilage Nr. 18/74

⁸ Verhandlungen des 50. DJT, 1974

⁹ *Ulmer* (1974), im Ergebnis ebenso: *Kötz* (1974)

schen Union geforderten „Schutzes der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher“ sollten Käufer von Waren oder Dienstleistungen vor Machtmissbrauch des Verkäufers oder des Dienstleistungserbringers geschützt werden¹⁰. Die Vorschläge der Kommission für eine solche Richtlinie sind vielfach kritisiert wurden. Insbesondere auf Ablehnung stieß der Vorschlag Individualvereinbarungen und Hauptleistungspflichten einer richterlichen Inhaltskontrolle zugänglich zu machen. Nach einem langwierigen Prozess einigte man sich auf einen gemeinsamen Standpunkt.¹¹ Der gefundene Kompromiss führte am 05. April 1993 zum Erlass der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (also Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, in denen der Unternehmer die missbräuchlichen Klauseln verwendet). Sie bezweckt die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Regelungen auf einem hohen Verbraucherschutzniveau. Bei Verträgen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer, für die die Richtlinie ausschließlich Anwendung findet, sollen hiernach alle Klauseln von einer Missbrauchsprüfung erfasst sein, die nicht im Einzelnen ausgehandelt und nicht vom Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden. Insbesondere sollen im Rahmen der Auslegung auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände sowie alle Klauseln desselben Vertrages, von dem die Klausel abhängt, Beachtung finden.

Etwa anderthalb Jahre verspätet wurde die Richtlinie ins deutsche Recht umgesetzt¹². Bis dahin behelf man sich mit einer richtlinienkonformen Auslegung der bestehenden Regelungen des AGB-Gesetzes. Umstritten war in der Literatur, inwieweit die Änderungen, die die Richtlinie verlangt, mit dem AGBG zu vereinbaren sind oder die Umsetzung einer eigenständigen Normierung als reines Verbraucherschutzrecht bedürfen.¹³ Der Gesetzgeber hat sich entschlossen, das AGBG insoweit zu modifizieren, als es den Vorgaben der Richtlinie für verbraucherschützende Regelungen genügt. Eingeführt wurde der § 24 a AGBG. Dieser enthält für Verträge zwischen Unternehmer und Verbraucher folgende Erweiterungen: In § 24a Nr.1 wurde die Fiktion des „Stellens“ durch den Unternehmer eingefügt, so dass auch Klauseln überprüft werden können, die auf Vorschlag eines Dritten eingeführt wurden. Zudem kommt es bei Verbraucherverträgen gemäß Nr.2 nicht auf die massenhafte Darbietung an, sondern ausreichend ist allein die Vorformulierung, wenn auch nur für einen einzigen Vertrag. Als Auslegungskriterium bestimmt Nr.3, dass nunmehr auch individuelle, den Vertragsschluss begleitende Umstände zu beachten sind.

Die Umsetzung in den anderen Mitgliedstaaten ist so unterschiedlich wie es die Offenheit der Richtlinie nahe legt. Ausgehend von völlig unterschiedlichen Grundvoraussetzungen unterscheiden sich auch die gewählten Mittel. Während Länder wie Luxemburg, Finnland und auch Schweden, in denen bereits vor der Umsetzung ein hohes Verbraucherschutzniveau herrschte, nur die bestehenden Regelungen anpassten oder durch ein noch weiterreichendes Verbraucherschutzgesetz änderten, hatten Mitgliedstaaten, die ebenfalls eine AGB-Kontrolle für alle Verträge vorsahen, größere Probleme. Meist wurden wie in Deutschland so auch in Portugal die bestehenden Regelungen angepasst. Eine andere Lösung fand der Gesetzgeber in Italien. Hier wurden die Vorgaben der Richtlinie als neuer und abschließender Regelungskomplex zunächst in den *codice civile* eingefügt. Die bereits bestehenden Vorschriften über AGB, die sich auf Einbeziehungsvorschriften¹⁴ beschränken, blieben insoweit weiter bestehen.¹⁵ Daran ändert auch die Ausgliederung der Verbraucherschutzvorschriften in den *codice*

¹⁰ 9. Erwägungsgrund der Richtlinie 93/13/EWG

¹¹ *Rat der europäischen Gemeinschaften* (1992)

¹² Gesetz zur Änderung des AGBG und der Insolvenzordnung vom 19.07.1996

¹³ Vgl. *Damm* (1994, 161)

¹⁴ Für bestimmte Inhalte ist die Einbeziehung durch das Erfordernis der doppelten Unterschrift verschärft. Art 1341 Abs.2 c.c.

¹⁵ Zur ursprünglichen Regelung: *Steinringer*, (2002)

del consumo im Jahre 2005 nichts. Großbritannien und Irland haben die Richtlinie fast unverändert als untergesetzliches Regelwerk übernommen. Die bereits bestehenden Regelungen über die Einbeziehung und die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen wurden nicht geändert¹⁶ Kaum Anpassungsbedarf gab es auch in Österreich. Hier bestanden bereits allgemeine Regeln zu Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle auch für Verträge zwischen Unternehmern und besondere weitergehende Vorschriften für Verbraucherverträge im Konsumentenschutzgesetz.

C. Ökonomische Grundlagen

Damit wir in den folgenden Abschnitten darauf zurückgreifen können, möchten wir hier relativ abstrakt und von der konkreten Gesetzgebung auf nationaler oder europäischer Rechtsetzung losgelöst zwei ökonomische Argumentationslinien zur Begründung der Regulierung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und des Verbraucherschutzes darstellen, ohne dabei wesentlich Neues zu entwickeln. Beide Argumentationslinien stellen Möglichkeiten dar, Regulierungen unter bestimmten Voraussetzungen zu begründen. Uns geht es hier nicht darum darzulegen, ob diese Voraussetzungen gegeben sind, sondern nur um die klare Trennung der beiden Argumentationslinien, die unter den jeweiligen Voraussetzungen unterschiedliches begründen können, nämlich auf der einen Seite die Regulierung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und auf der anderen die Regulierung von Vertragsinhalten in Verbraucherverträgen. Wer sich in diesen ökonomischen Argumentationslinien auskennt, möge diesen Abschnitt also nur überfliegen, um zu sehen, auf welche Einzelheiten es uns ankommt. Konkret geht es zunächst um eine im wesentlichen von Michael Adams (1984, 1989) und von Ungern-Sternberg (1984) entwickelte informations- und transaktionskostenökonomische Begründung¹⁷ dafür, dass die staatliche Regulierung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, also von Vertragsklauseln, die für eine Vielzahl von Verträgen gelten, wohlfahrtssteigernd wirken kann, und zwar unabhängig davon, ob es um Verbraucherverträge geht oder nicht. Danach werden wir eine ebenfalls informationsökonomisch geprägte Begründung für Verbraucherschutz durch die Beschränkung der Vertragsinhaltsfreiheit bei vorformulierten Vertragstexten anbieten, für die die wiederholte Verwendung der Vertragstexte keine notwendige Bedingung ist.

I. Zur Ökonomik allgemeiner Geschäftsbedingungen

Studiert man die (rechts-)ökonomische Literatur zur Bedeutung und Funktion allgemeiner Geschäftsbedingungen so überrascht zunächst deren geringer Umfang. Das hat seine Ursache wohl darin, dass im amerikanischen Recht allgemeine Geschäftsbedingungen nicht anders behandelt werden als individuell bereitgestellte oder ausgehandelte Vertragskonditionen.¹⁸ Die wenigstens in der Agendasetzung immer noch überwiegend von der amerikanischen Forschung geprägte ökonomische Analyse des Rechts nimmt sich des Themas deshalb kaum an. Aus der deutschen Literatur gibt es allerdings bereits sehr frühe Untersuchungen zu Bedeutung und Funktion allgemeiner Geschäftsbedingungen, die das Thema so genau analysieren, dass weitere Darstellungen nicht wesentlich darüber hinausgehen. Gemeint sind hier die bereits erwähnten, unabhängig voneinander entwickelten Arbeiten von Michael Adams (1984, 1989) und von Ungern-Sternberg (1984, Kap. 4).

¹⁶ Überblick in MüKo-Basedow, Bd. 2a, Vorb. § 305, Rz.22 - 38

¹⁷ Vgl. auch die Darstellungen bei Schäfer / Ott (2005, 426), Beimowski (1989) und nochmals Adams (2004, 119) sowie Katz (1990)

¹⁸ Stellvertretend für den größten Teil der US-Literatur sei hier nur Posner (1995) zitiert, der für die Begründung jeglicher Beschränkungen der Vertragsfreiheit anführt, dass Vertragsparteien im Vertrauen auf den Sozialstaat übermäßig hohe Risiken eingehen.

Ausgangspunkt der Argumentation sind die Transaktionskosten, die bei der Aushandlung und Festlegung der Bedingungen eines Vertrages entstehen. Diese Kosten sind sehr viel höher, wenn die Bedingungen für jeden Vertrag im Rechtsverkehr einzeln und individuell ausgehandelt werden, als wenn eine Partei, die Verträge der gleichen Art immer wieder schließt, die Bedingungen für diese Verträge allgemein vorbereitet und dem Vertragspartner vorlegt, also *allgemeine Geschäftsbedingungen* verwendet, selbst wenn dabei individuelle Besonderheiten einzelner Vertragspartner unberücksichtigt bleiben. Diese Kostenersparnis kann wie jeder andere Vertragsgewinn auch der anderen Seite, die wir in diesem Referat der Einfachheit halber als „AGB-Nehmer“ bezeichnen wollen, zugute kommen, je nach Verhandlungsmacht der Vertragsparteien. Ohne eine besonders ungleiche Verteilung der Verhandlungsmacht kann die Existenz von allgemeinen Geschäftsbedingungen also im Vergleich zu ihrer Abwesenheit als Pareto-Verbesserung und damit als wünschenswert betrachtet werden. Das gilt offensichtlich unabhängig davon, ob und auf welcher Seite der Verträge Verbraucher beteiligt sind.

Kritisch in der Argumentation des vorigen Absatzes ist offensichtlich die Einschränkung „ohne eine besonders ungleiche Verteilung der Verhandlungsmacht“. Zunächst wurde hier in der ökonomischen und in der juristischen Literatur auf eine mögliche Monopolmacht des AGB-Verwenders abgestellt¹⁹ und damit der im folgenden darzustellende Zusammenhang vernachlässigt. Das hatte zur Folge, dass der Bereich, in dem allgemeine Geschäftsbedingungen der Regulierung bedürfen, um ihre positive, nämlich Kosten senkende Wirkung zu entfalten, wesentlich zu klein eingeschätzt wurde. Seit den erwähnten Veröffentlichungen von Adams und Ungern-Sternberg ist in der rechts-ökonomischen Literatur anerkannt, dass das größere Problem für die Gleichheit der Verhandlungsmacht der Vertragsparteien die Asymmetrie der Information über die Bedeutung und die Wirkung der in den allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Klauseln ist. Ähnlich argumentieren auch Katz (1990) sowie van Wijck und Theeuwes (2000).

Die Informationsasymmetrie, die sich abgesehen von extremen Ausnahmefällen zugunsten des AGB-Verwenders auswirkt, hat mehrere Ursachen. Zunächst ist ganz offensichtlich, dass zum Zeitpunkt des Einbringens der allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag der Verwender als der Einbringende die Klauseln schon kennt, der AGB-Nehmer aber noch nicht. Diese unmittelbare Informationsasymmetrie ließe sich dadurch überwinden, dass der AGB-Nehmer die AGB liest, sie versteht und ihre rechtliche und wirtschaftliche Wirkung beurteilt. Dem sind offensichtlich Grenzen gesetzt, zum einen durch die Kosten dieser Verarbeitung der in den AGB enthaltenen Informationen, zum anderen möglicherweise in den Fähigkeiten des AGB-Nehmers, die Information zu verarbeiten. Um die Darstellung zu verkürzen wollen wir im Folgenden unterstellen, dass mangelnde Fähigkeiten der Informationsverarbeitung behebbare sind, allerdings nur zu sehr hohen Kosten, so dass der Mangel an Fähigkeiten als ein Sonderfall der Kosten der Informationsverarbeitung nicht explizit behandelt zu werden braucht.

Führen nun die Kosten der Informationsverarbeitung auf Seiten des AGB-Nehmers dazu, dass er einige oder alle der in den AGB enthaltenen Klauseln nicht auf ihre Bedeutung und Wirkung hin kontrolliert,²⁰ so eröffnet das dem Verwender der AGB die Möglichkeit, die Informationsasymmetrie auszunutzen, indem er Klauseln in den Vertrag einbaut, die bei ihm zwar zu einer Kostensenkung führen, beim AGB-Nehmer aber zu einer höheren Kostensteigerung. Wir wollen zur Vereinfachung der folgenden Darstellung solche Klauseln als „opportunisti-

¹⁹ Vgl. Schäfer/Ott (2005, 513)

²⁰ Katz (1990) argumentiert das sei immer so, was aber der Beobachtung im Einzelfall nicht entspricht.

sche“ Klauseln bezeichnen.²¹ Die sich aus opportunistischen Klauseln ergebende Steigerung der Gesamtkosten wirkt sich nicht nachteilig auf ihn aus, da sie, eben weil der AGB-Nehmer sie nicht erkennt, sich nicht im Preis des Gutes niederschlägt.

Das hat zur Folge, dass der Verwender der AGB nicht nur bestrebt ist, solche die Gesamtkosten steigernden Klauseln zu verwenden wenn er sie bereits kennt, sondern auch Kosten aufzuwenden, um gezielt nach solchen Klauseln zu suchen. Die Unterbindung beider Aktivitäten – der Verwendung der Klauseln und der Suche nach ihnen – führt zu einer Kaldor-Hicks-Verbesserung, wie in der folgenden Diskussion zu erkennen sein wird in vielen Fällen auch zu einer Pareto-Verbesserung. Die transaktionskostengestützte Begründbarkeit von rechtlichen Regelungen von AGB hängt damit nur noch davon ab, ob der Markt diese Aktivitäten besser (das heißt oft nur: kostengünstiger) unterbinden kann oder eine rechtliche Einschränkung der Freiheit, solche Klauseln zu verwenden, erforderlich ist..

Wir betrachten dafür zunächst eine Welt, in der es keine rechtlichen Einschränkungen der Verwendung opportunistischer Klauseln gibt, in der also allein der Markt die Menge der opportunistischen Klauseln in AGB bestimmt. Dafür müssen wir zunächst klären, welche Faktoren die Entscheidung des AGB-Nehmers über die Untersuchung der einzelnen Klauseln beeinflussen: bisher hatten wir ja nur ganz allgemein über die Kosten dieser Untersuchung gesprochen, ohne deren Bestimmungsfaktoren oder den Nutzen der Untersuchung und dessen Bestimmungsfaktoren zu erwähnen.

Wenden wir uns zunächst den Bestimmungsfaktoren der Kosten zu. Zunächst sind da die objektive Komplexität und die Durchschaubarkeit der einzelnen Klausel (evtl. im Zusammenspiel mit anderen Klauseln), welche offensichtlich die Kosten beeinflussen, die der AGB-Nehmer aufwenden muss, um festzustellen, ob die Klausel opportunistisch ist oder nicht. Daneben spielen seine individuellen Fähigkeiten, Klauseln zu durchschauen, eine Rolle. Diese Fähigkeiten werden ihrerseits unter anderem von seiner Erfahrung mit der Durchdringung von Klauseln beeinflusst, also von der Häufigkeit, mit der er solche Klauseln auf ihre Opportunismuseigenschaft untersucht.²²

Der Nutzen der Untersuchung allgemeiner Geschäftsbedingungen für den AGB-Nehmer hängt offensichtlich zunächst davon ab, wie häufig er mit opportunistischen Klauseln rechnen muss. Daneben spielt auch eine Rolle, wie oft er sich mit dieser Klausel oder ähnlichen konfrontiert sieht. Tauchen bestimmte Klauseln für den AGB-Nehmer immer wieder auf, oder rechnet er damit, so stiftet aus seiner Sicht der Nutzen einer eingehenden Untersuchung der Klauseln einen höheren Nutzen, als wenn der AGB-Nehmer die Konfrontation mit einer Klausel (oder einer Menge von Klauseln) für einen einmaligen Fall hält. Schließlich wird der Nutzen der eingehenden Beschäftigung mit Klauseln dadurch beeinflusst, wie sehr der AGB-Nehmer damit rechnet, eine Veränderung der Klauseln entweder durch Individualverhandlungen oder durch Abwanderung zu einem anderen Vertragspartner zu angemessenen Kosten

²¹ Es läge hier nahe, unseren Begriff der opportunistischen Klauseln mit dem rechtlichen Begriff der unangemessenen Benachteiligung (§ 307 BGB) zu vergleichen, der seinem Wortlaut nach auch die Möglichkeit einer angemessenen Benachteiligung des AGB-Nehmers beinhaltet. Da diese Diskussion den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen würde, verweisen wir nur darauf, dass in der juristischen Literatur sowie der Rechtsprechung durchaus darüber gestritten wird, ob eine für den AGB-Nehmer nachteilige Klausel dann keine unangemessene Benachteiligung bedeutet, wenn der Nachteil durch Anpassungen des Preises oder weiterer, mit der benachteiligenden Klausel verbundener Klauseln mehr als ausgeglichen wird oder werden kann. Vgl. z.B. MüKo-Basedow, Bd. 2a, § 307 Rz. 39 und BGHZ 33, 216

²² Hier könnte sich die Möglichkeit von multiplen Verhaltensoptima und damit weiter unten von multiplen Gleichgewichten ergeben. Wir vernachlässigen diese Möglichkeiten, um den Gang der Darstellung nicht zu erschweren.

erreichen zu können. Wenn also z.B. allgemein bekannt ist, dass AGB-Verwender des betreffenden Marktes nicht bereit sind, AGB insgesamt oder bestimmte Klauseln durch Individualvereinbarungen zu ersetzen, was sich zum Beispiel dadurch begründen ließe, dass sie dadurch einen Teil der Transaktionskostenvorteile, die aus der Verwendung von AGB resultieren, verlieren würden, dann ist der Nutzen der Untersuchung von Klauseln für den AGB-Nehmer relativ gering. Gleiches gilt, wenn alle möglichen Vertragspartner praktisch gleiche AGB verwenden, und deshalb eine Abwanderung wenig Nutzen stiften kann.

Welche Klauseln in AGB tatsächlich zur Geltung kommen, hängt nun offensichtlich nicht nur von der Entscheidung des AGB-Nehmers ab, welche Klauseln er kontrolliert und eventuell in der einen oder anderen Form vermeidet, sondern auch davon, welche Klauseln der AGB-Verwender in seine AGB einbringt. Für den AGB-Verwender sind vor allem solche Klauseln interessant, die er leicht (er)finden kann und die für den AGB-Nehmer besonders schwer als nachteilig erkennen kann. Wie interessant eine Klausel für ihn ist, hängt daneben auch davon ab, wie groß der Vorteil ist, den er aus der Ausbeutung der Unwissenheit der anderen Seite über eine bestimmte Klausel ziehen kann. Aus dem Vergleich dieses Vorteils mit den Kosten, eine Klausel zu (er)finden und so zu formulieren, dass AGB-Nehmer ihre nachteiligen Wirkungen nur schwer erkennen, ergibt sich eine Ordnung von Klauseln, die bis zu der Grenze in AGB eingeführt werden, an der der Vorteil gerade noch die Kosten überwiegt. Wo diese Grenze genau liegt, hängt offensichtlich von der Kontrollintensität der AGB-Nehmer ab.

Die Kosten und Nutzen der Handlungsmöglichkeiten beider Seiten sind offensichtlich individuell verschieden und hängen somit von der Person des AGB-Verwenders und des AGB-Nehmers ab. Das heißt aber nicht, dass man diese Kosten als vollkommen zufällig über die Bevölkerung verteilt ansehen müsste. Vielmehr hängt vieles davon ab, wie häufig Verträge der betreffenden Art geschlossen werden, welche relative Bedeutung solche Verträge für die Parteien haben und wie gut die Parteien für die Bewertung von Klauseln vorgebildet sind. Unabhängig davon, ob sie als AGB-Verwender oder als AGB-Nehmer agieren, sind deshalb Unternehmer stochastisch eher in der Lage, Informationsvorteile durch opportunistische Klauseln auszunutzen bzw. die Ausnutzung ihrer Informationsnachteile durch opportunistische zu vermeiden, als Verbraucher. Ob ein ähnlicher Unterschied zwischen Kaufleuten und nicht-kaufmännischen Unternehmern besteht, ist nicht so einfach zu sagen, ist aber für die weitere Argumentation auch nicht wichtig.

Nun ergibt sich aus den interdependenten Anreizstrukturen der Vertragsparteien ein Gleichgewicht des Aufwandes für Informationsbeschaffung über AGB. Wie sich dieses Gleichgewicht herausbildet, lässt sich anhand eines denkbaren, unzweifelhaft positiv zu bewertenden Extremfalls darstellen: Man könnte sich den Fall vorstellen, in dem die Informationskosten des AGB-Nehmers so gering sind, dass AGB-Verwender keinen Anreiz haben, opportunistische Klauseln in den Vertrag einzuführen. Wäre dies das Gleichgewicht, hätte der AGB-Nehmer aber keinen Grund mehr irgendwelche Kosten zur Aufdeckung von opportunistischen Klauseln aufzuwenden. Ein solches Gleichgewicht kann also nicht existieren. Rein marktliche Mechanismen sind also nicht in der Lage, die Verwendung opportunistischer Klauseln im Gleichgewicht zu unterbinden. In jedem Gleichgewicht werden also einige opportunistische Klauseln verwendet.

Es kann aber auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Kosten der Informationsbeschaffung durch den AGB-Nehmer im Vergleich zu ihrem Nutzen so hoch sind, dass er den Inhalt der AGB überhaupt nicht überprüft. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die AGB-Verwender aufgrund der damit verbundenen Kosten nicht bereit sind, über die Änderung einzelner Klauseln individualvertraglich zu verhandeln, und außerdem die AGB der verschiedenen Anbieter des betroffenen Gutes für den AGB-Nehmer sich nur mit hohem Kostenaufwand

voneinander unterscheiden lassen. Dann gibt es den in der Literatur immer wieder dargestellten „race to the bottom“ wie er auch auf anderen „markets for lemons“²³ auftritt.

Ein solches Gleichgewicht in dem alle AGB-Verwender eine Vielzahl von opportunistischen Klauseln verwenden, muss aber nicht notwendig aus solch hohen Kosten der Kontrolle von AGB-Klauseln folgen. Sind nämlich alle AGB-Werke auf einem Markt aus Sicht der AGB-Nehmer extrem schlecht, so kann es für (dann nur noch potentielle) AGB-Verwender einen neuen Wettbewerbsparameter geben: sie können damit werben, dass sie keine AGB verwenden, sondern sich allein auf das dispositive Recht stützen (ein Werbe-Slogan könnte dann lauten: „Faire Verträge, faire Lieferung! Bei uns kein Kleingedrucktes!“). Damit begeben sie sich zwar der Vorteile der Verwendung von AGB, können aber eventuell trotz ihrer deutlich höheren Kosten so viel mehr Nachfrage auf sich ziehen, dass Sie neben den Konkurrenten mit stark opportunistischen AGB-Werken existieren und diese schließlich sogar verdrängen können.²⁴ Ein solches Signalisierungsgleichgewicht würde dann die Nachteile opportunistischer AGB-Klauseln vermeiden, aber auch die transaktionskostensenkende Wirkung von AGB ausschließen. Es soll hier noch nachgetragen werden, dass ein solches Signalisierungsgleichgewicht nur auf solchen Märkten entstehen kann, die ohne AGB existieren können, also nur auf Märkten, die durch gesetzlich oder richterrechtlich detailliert regelndes dispositives Recht geprägt sind.²⁵

Rein marktliche Kontrolle von opportunistischen Klauseln in AGB führt also zu einem von drei Gleichgewichten. Entweder erstens zu einem inneren Gleichgewicht, in dem AGB-Verwender einige opportunistische Klauseln verwenden und AGB-Nehmer Kosten aufwenden, um opportunistische Klauseln zu identifizieren und durch Individualverhandlungen oder durch Abwanderung zu anderen Anbietern zu vermeiden. Oder zweitens zu einem Randgleichgewicht, in dem AGB-Verwender eine große Zahl opportunistischer Klauseln verwenden und AGB-Nehmer keine Kosten auf die Identifizierung solcher Klauseln aufwenden, dafür aber die Kosten der opportunistischen Ausbeutung eben durch diese Klauseln tragen. Oder drittens zu einem Signalisierungsgleichgewicht, in dem weder die Nachteile von weitgehend opportunistischen Klauseln auftreten noch die Vorteile der Verwendung von AGB als Mittel zur Senkung von Transaktionskosten.

In allen drei Gleichgewichtstypen kann die rechtliche Unterbindung der Verwendung opportunistischer Klauseln zu einer Gesamtkostensenkung und damit zu einer Wohlfahrtssteigerung führen. Bei einem inneren Gleichgewicht, also einem, bei dem AGB-Verwender zwar auf opportunistische AGB zurückgreifen, aber durch die Kontrollaktivität der AGB-Nehmer darin beschränkt werden, können rechtliche Beschränkungen von AGB-Klauseln die Funktion der marktlichen Kontrolle durch AGB-Nehmer teilweise oder auch ganz²⁶ übernehmen. Ein durch

²³ Akerlof (1970)

²⁴ Nach einer längere Zeit erfolgreichen Verdrängung der opportunistischen AGB-Werke könnte es aber doch zur erneuten Verwendung zunächst sehr einfacher und nicht oder kaum mit opportunistischen Klauseln durchgesetzter AGB kommen, da die AGB-Nehmer nicht mehr die stark opportunistischen AGB-Werke vor Augen haben. Dann würde die damit verbundene Kostensenkung zur erneuten Einführung von AGB durch alle Konkurrenten führen und damit einen neuen „race to the bottom“ initiieren. Ein sich so ergebender langfristige Zyklus soll hier aber nicht weiter diskutiert werden, weil er nicht zum Verständnis des in diesem Aufsatz Diskutierten beiträgt.

²⁵ Katz (1990) und Schäfer (2002) übersehen diese Möglichkeit in ihren Modellierungen der Qualität von Formularverträgen bzw. AGB.

²⁶ Das setzt dann aber voraus, dass irgendeine Institution die Durchsetzung der Vorschriften des AGB-Rechts übernimmt. Die Durchsetzung der Vorschriften von AGB-Recht kann aber, wie § 1 i.V.m. §§ 3 bis 4 des deutschen Gesetzes über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen zeigt, aber auch dann

die ex post festzustellende Unwirksamkeit bestimmter opportunistischer Klauseln durchgesetztes Verbot solcher Klauseln beseitigt weitgehend die Anreize der AGB-Verwender, auf opportunistische Klauseln zurückzugreifen. Ist die Durchsetzung eines solchen Verbotes mit insgesamt weniger Kosten verbunden als die marktliche Kontrolle der AGB-Verwender durch die AGB-Nehmer, so scheint sich aus einem solchen Verbot unmittelbar ein positiver Wohlfahrtseffekt zu ergeben. Man muss allerdings auch berücksichtigen, dass die rechtliche Steuerung die marktliche verstärken, aber auch verdrängen kann. Im ersteren Fall würden die positiven Wohlfahrtseffekte der marktlichen Kontrolle verstärkt (zur Erinnerung: es geht um die Verringerung der transaktionskostensteigernden Wirkung der Verwendung von AGB, damit die transaktionskostensenkende Wirkung voll zur Geltung kommen kann). Im letzteren Fall kann der Effekt auf die gesamte Kontrolle der Verwendung von AGB aber auch negativ sein, nämlich dann wenn die rechtliche Kontrolle die auf das gleiche Ziel gerichteten marktlichen Kontrollaktivitäten der AGB-Nehmer unattraktiv macht und dadurch aufgrund von Komplementaritäten in der Kontrolltechnologie auch auf die Kontrolle anderer Klauseln gerichtete Aktivitäten unattraktiv werden.

Entwickelt sich die Verwendung von AGB in einem Markt zu dem an zweiter Stelle beschriebenen Randgleichgewicht, dann ersetzt die rechtliche Kontrolle von AGB-Klauseln die marktliche Kontrolle, die ja nicht stattfindet. Die rechtliche Kontrolle von AGB wirkt wohlfahrtssteigernd, sobald die Durchsetzungskosten sowie die weiteren Regulierungskosten kleiner sind als die durch die unterbundenen opportunistischen Klauseln sonst entstehenden Transaktionskosten. Die weiteren Regulierungskosten umfassen insbesondere auch die Nachteile, welche AGB-Nehmer dadurch erleiden, dass im Einzelfall nicht-opportunistische AGB gemeinsam mit opportunistischen AGB unterbunden werden.²⁷ Ein Verdrängungseffekt marktlicher Kontrolle durch AGB-Nehmer ist hier nicht möglich, eine Verstärkung der positiven Effekte durch Komplementaritäten ist jedoch vorstellbar.

Ist der Markt so strukturiert, dass aufgrund des „race to the bottom“ AGB im Signalisierungsgleichgewicht vollständig verdrängt werden, kann es die rechtliche Kontrolle von AGB-Klauseln erst ermöglichen, dass transaktionskostensenkende AGB genutzt werden. Wieder ist leicht zu erkennen, dass die rechtliche Beschränkung der Freiheit, opportunistische Klauseln zu verwenden, wohlfahrtssteigernd wirken kann, nämlich dann, wenn die Durchsetzungskosten geringer sind als die Transaktionskostensparnis, die mit der Verwendung von nicht opportunistischen AGB einhergeht.

Es sei an dieser Stelle noch einmal darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit der wohlfahrtssteigernden Wirkung von AGB-Recht nicht logisch davon abhängt, dass auf der einen oder anderen Seite des Marktes Verbraucher stehen. Alle Gleichgewichtstypen können auch auftreten, wenn keine Verbraucher auf dem Markt agieren. Ein Gleichgewicht mit AGB aber ohne kostenverursachende opportunistische Klauseln und ohne kostenverursachende Kontrolle existiert weder wenn Verbraucher auf dem Markt agieren, noch wenn sie es nicht tun. Allerdings werden die Probleme der Informationsasymmetrien größer, wenn Verbraucher auf der Seite der AGB-Nehmer beteiligt sind.

von solchen Institutionen unterstützt werden, wenn AGB-Nehmer weiterhin ein Interesse an der Durchsetzung des Rechts haben.

²⁷ Vgl. hierzu *Van den Bergh* (1996), *Schäfer und Ott* (2005, 337f) beschreiben ein korrespondierendes Problem für zwingende Vorschriften zu Fragen der Produktsicherheit.

II. Zur Ökonomik des Verbraucherschutzes

Da in juristischen Begründungen der Notwendigkeit von AGB-Recht aber natürlich auch in den Begründungen zur Vertragsklausel-Richtlinie in erheblichem Umfang auf eine Notwendigkeit abgestellt wird, Verbraucher vor der Ausbeutung durch Unternehmer zu schützen, soll hier auch noch kurz auf die wesentlichen Elemente der Ökonomik des Verbraucherschutzes eingegangen werden.²⁸

Ausgangspunkt der Argumentation sind hier die Informationsnachteile, die der Verbraucher im Vergleich zum Unternehmer beim Abschluss eines jeden Vertrages hat, weil er sich typischerweise weniger mit dem Vertragsgegenstand und mit dem Vertrag selbst auskennt als der Unternehmer. Wenn wir den Verbraucherschutz auf den Inhalt des Vertrages fokussieren, dann entstehen die Informationsvorteile des Unternehmers daraus, dass er viel häufiger Verträge der entsprechenden Art schließt als der Verbraucher und auch erfahrener im Aushandeln der für sein Gewerbe typischen Verträge ist.

Wie oben im Zusammenhang mit allgemeinen Geschäftsbedingungen beschrieben, können die Informationsasymmetrien dazu führen, dass Unternehmer Verbraucher durch im oben dargestellten Sinn opportunistische Vertragsklauseln ausbeuten können. Diese Gefahr besteht offensichtlich nicht nur bei allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern auch bei Verträgen, die nur für einen einzelnen Fall formuliert werden. Allerdings ist das Risiko der Ausbeutung höher, wenn der Vertrag vom Unternehmer vorformuliert wird und dem Verbraucher als take-it-or-leave-it Angebot vorgelegt wird, denn dann lohnt für den Verbraucher eine eingehende Untersuchung der Vertragsklauseln nur, wenn er mit hinreichender Wahrscheinlichkeit damit rechnet, dass die Vertragsklauseln so schlecht sind, dass er vom ganzen Vertrag Abstand nimmt. Wird ihm dagegen ein vorformulierter Vertrag vorgelegt mit der klaren Möglichkeit, auch über einzelne Klauseln noch zu verhandeln, so lohnt das genaue Studium der Klauseln schon, wenn er mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwartet, wenigstens eine Klausel zu finden, deren Verbesserung durch Verhandlungen ihm mehr wert ist, als ihn eine eventuelle Preisänderung als Folge der Verhandlungen kostet. Ob der dem Verbraucher vorgelegte vorformulierte Vertrag allerdings für einen oder für viele Verträge vorformuliert wurde, spielt für seine Entscheidung, ihn auf opportunistische Klauseln hin zu untersuchen, grundsätzlich keine Rolle.²⁹

Die Vermeidung solch opportunistischer Ausbeutung ist per obiger Definition des Opportunismus einer Klausel eine Kaldor-Hicks-Verbesserung. Die positiven Wirkungen würden aber noch weiter gehen: solange Ausbeutung von Verbrauchern durch opportunistische Vertragsklauseln möglich ist, werden Unternehmer auch Ressourcen für die Suche nach solchen Möglichkeiten ausgeben, also nach Informationen, die nicht nur unproduktiv sind, sondern die über beide Parteien summierte Vorteilhaftigkeit von Verträgen mindern. Die Einsparung dieser Ressourcen wäre mit einer weiteren Wohlstandssteigerung verbunden.

Nun stellt sich noch die Frage, ob dieser Aspekt des Verbraucherschutzes nicht auch durch marktliche Mechanismen, insbesondere Reputation erreicht werden kann. Die Antwort ist wie beim Problem der allgemeinen Geschäftsbedingungen: manchmal ja, manchmal nur unter

²⁸ Aus der umfangreichen Literatur zu dem Thema seien hier nur die vier Überblicksartikel in der Encyclopedia of Law and Economics (Rubin 2000, Svorny 2000, Arcuri 2000 und Geistfeld 2000) sowie der kritische Aufsatz von Van den Bergh (1996) genannt. Speziell in Verbindung mit Vertragsklauseln gibt es keine rechtsökonomische Literatur, die den Verbraucherschutzgedanken getrennt vom zuvor dargestellten Transaktionskostenargument behandelt.

²⁹ Man könnte höchstens daran denken, dass bei Klauseln, die für viele Verträge formuliert werden, die Wahrscheinlichkeit größer ist, dass versehentlich eine im Einzelfall opportunistische Klausel im Vertrag enthalten ist.

Verzicht auf bestimmte Arten von Geschäften, insbesondere von Einmal-Geschäften unter Unbekannten, und manchmal nein. Welche Relevanz die drei alternativen Antworten in der realen Wirtschaft haben, lässt sich auf dem Abstraktionsniveau des vorliegenden Referates nicht sagen, ist aber auch für unsere Argumentation gar nicht wichtig. Wichtig ist nur, dass auf dieser Grundlage je nach Einschätzung der Relevanz des Opportunismusproblems rechtlicher Schutz von Verbrauchern vor opportunistischen Vertragsklauseln begründet werden kann, und zwar sowohl für einzeln ausgehandelte Verträge, als auch für vorformulierte Verträge, die als take-it-or-leave-it Angebot unterbreitet werden.

D. Altes AGB-Gesetz, Vertragsklausel-Richtlinie und Ökonomik

Im vorangegangenen Abschnitt wurde dargestellt, wie sich grundsätzlich die rechtliche Regulierung von allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie der Schutz von Verbrauchern vor Ausbeutung durch opportunistische Vertragsklauseln begründen lassen. In diesem Abschnitt soll nun untersucht werden, ob sich, wie es von der Struktur der bisherigen Argumentation her nahe liegt, tatsächlich das deutsche AGB-Recht vor der Umsetzung der Vertragsklausel-Richtlinie eher auf eine Begründung auf Grundlage des Transaktionskostenargumentes, wie es in Abschnitt I dargestellt wurde, zurückführen lässt, und die Vertragsklausel-Richtlinie besser zu den in Abschnitt II dargestellten Verbraucherschutzgedanken passt.

Der Gesetzgeber des AGB-Gesetzes vor der Umsetzung der Vertragsklausel-Richtlinie (und vor ihm schon die Rechtsprechung) will das AGB-Recht grundsätzlich auf alle Vertragsparteien anwenden und differenziert nur in den Einzelheiten der Klauselkontrolle danach, ob der AGB-Nehmer Kaufmann ist oder nicht. Das lässt sich offensichtlich nicht mit dem in Abschnitt II dargestellten Verbraucherschutzgedanken begründen, wohl aber mit dem unter I dargestellten Transaktionskostenargument, denn nur aus ihm folgt, dass unabhängig von der Verbrauchereigenschaft einer Vertragspartei im Gleichgewicht stets ein Regulierungsbedarf besteht: Es gibt kein Gleichgewicht, in dem nicht der transaktionskostensenkenden Wirkung von AGB ein transaktionskostensteigernder Effekt gegenübersteht, da die Abwesenheit von Kontrollaufwendungen seitens der AGB-Nehmer die Abwesenheit opportunistischer Klauseln ausschließt.

Selbst für die Differenzierung der Anwendung der §§ 10 und 11 AGB-Gesetz³⁰ drängt sich eine Begründung mit dem Verbraucherschutzgedanken nicht zwangsläufig auf. Es geht wohl eher darum, dass Handelsbräuche nicht durch das AGB-Recht zerstört werden sollen, weil sie sich im Laufe der Zeit entwickelt haben und aufgrund der relativ hohen Rationalität, mit der Entscheidungen im Handelsverkehr geschlossen werden, grundsätzlich als volkswirtschaftlich vorteilhaft angesehen werden können. Würde man hier AGB-Recht auch den Handelsbräuchen vorgehen lassen, so wäre das mit deutlich höheren Kosten verbunden als in Geschäftsbereichen, wo solche grundsätzlich vorteilhaften Handelsbräuche nicht vorhanden sind, also insbesondere im Bereich des nicht-kaufmännischen Geschäftsverkehrs. Auch wenn man diesen Schritt nicht gehen will, impliziert die Differenzierung nach der Kaufmannseigenschaft noch nicht, dass die Leitidee des (alten) AGB-Gesetzes den Verbraucherschutz als solchen umfasst hätte, denn es ergibt sich aus Abschnitt I auch, dass der Bedarf an Regulierung am größten ist, wenn der AGB-Verwender Unternehmer oder gar Kaufmann ist und der AGB-Nehmer Verbraucher. Dann sind nämlich bei ersterem die Kosten der Formulierung opportunistischer Klauseln tendenziell klein und der Nutzen wegen der mehrfachen Verwendung tendenziell groß, während bei letzterem die Kosten der Untersuchung von Klauseln auf ihren Opportunismusgehalt eher groß und der Nutzen eher klein ist. Wie bereits erwähnt geht es

³⁰ Seit Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 01.01.2002 geregelt in §§ 308 und 309 BGB

dabei aber immer noch nicht um Verbraucherschutz als solchen, sondern nur um Mittel zur Senkung von Transaktionskosten durch effiziente Nutzung der gesamtwirtschaftlichen Vorteile der Verwendung von AGB.

Ganz anders sieht es für die europäische Vertragsklausel-Richtlinie aus. Sie knüpft nicht daran an, ob eine Klausel zur mehrfachen oder allgemeinen Verwendung vorgesehen ist, sondern allein daran, dass sie dem Verbraucher (und nur diesem!) vorgegeben wird und er „keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen“ kann, mit anderen Worten, dass es sich um ein take-it-or-leave-it Angebot handelt. Damit passt die Regelung sehr genau zu dem in Abschnitt II beschriebenen Verbraucherschutzgedanken. Mit diesem Gedanken hätte man auch, wie es die Europäische Kommission ursprünglich wollte,³¹ alle Verbraucherverträge einer Inhaltskontrolle der Klauseln außerhalb der Hauptleistungspflichten unterziehen können.³² Die Differenzierung nach vorformuliertem take-it-or-leave-it Angebot und anderen Verträgen bleibt aber ganz klar im Rahmen des Verbraucherschutzargumentes, denn gerade diese Angebote unterliegen, wie oben dargestellt, besonders großen Opportunismusproblemen. Schließlich ist auch nicht zu vernachlässigen, dass sowohl die Richtlinie selbst als auch ihre Erwägungsgründe ausdrücklich auf den Verbraucherschutz abstellen und allgemeine Geschäftsbedingungen (die Richtlinie nennt sie „Standardvertrag“) nur als ein Beispiel für im Voraus abgefasste Verträge erwähnt werden.

Ein weiterer Aspekt, an dem deutlich wird, dass das alte deutsche AGB-Recht der Transaktionskostensenkung im Rahmen der Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen diente, während die Vertragsklausel-Richtlinie dem Verbraucherschutz dient, ist die Prüfung der Unangemessenheit der Klauseln nach generell-abstrakten Kriterien im AGB-Recht (dort jetzt im Umkehrschluss aus § 310 Abs. 3 Nr. 3 erkennbar) und nach konkret-individuellen Kriterien in der Vertragsklausel-Richtlinie (dort explizit in Artikel 4 Abs. 1). Nur eine rechtliche Regelung, die die Transaktionskostenminimierung im Rahmen der Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen anstrebt, kann und muss sich daran orientieren, ob die Klauseln den durchschnittlichen Vertragspartner des Verwenders opportunistisch ausbeuten, denn eine Einzelfallorientierung würde dazu führen, dass allgemeine Bedingungen für den Verwender in zum Zeitpunkt der Formulierung der Klauseln kaum vorhersehbarer Weise manchmal zulässig wären und manchmal nicht, selbst wenn der Einzelfall nicht durch die unbeobachtbaren persönlichen Fähigkeiten des Vertragspartners bestimmt ist, sondern durch die den Vertragsschluss begleitenden (äußerlich beobachtbaren) Umstände.

Umgekehrt kann und muss sich eine am Verbraucherschutz orientierte rechtliche Regelung am Einzelfall konzentrieren, denn es geht ja gerade um das Opportunismuspotential im einzelnen Vertrag. Auch dabei ist auf die äußerlich beobachtbaren Umstände des Vertragsschlusses abzustellen, denn dem Unternehmer sollen ja Verhaltensanreize gesetzt werden, und ohne Beobachtbarkeit der Rahmenbedingungen seines Verhaltens kann der Unternehmer sein Verhalten nicht an diesen ausrichten. Deshalb ist es auch kein Widerspruch zur Einzelfallorientierung der Unangemessenheitsprüfung, wenn dieser die Bedingung vorgeschaltet ist, dass der vorformulierte Vertrag von einem Unternehmer³³ einem Verbraucher unterbreitet werden muss und diese Begriffe völlig unabhängig von den Informationsvor- und -nachteilen sowie den diesen zugrunde liegenden Fähigkeiten und Kenntnissen der konkreten Vertragsparteien definiert sind. Die im individuellen Vertragsverhältnis herrschenden konkreten Informationsunterschiede kann der Verwender des vorformulierten Vertrages, dessen Verhalten ja gesteu-

³¹ vgl. zur Entstehungsgeschichte z.B. *Damm* (1994, 161)

³² Die ebenfalls angestrebte Kontrolle der Hauptleistungspflichten wäre allerdings nicht zu begründen gewesen.

³³ Die Richtlinie sagt: Gewerbetreibenden, aber das läuft auf dasselbe hinaus.

ert werden soll, nur an den Äußerlichkeiten, also an der Verbrauchereigenschaft seines Partners und seiner eigenen Unternehmereigenschaft festmachen. Es geht eben nicht um den Schutz des Verbrauchers vor jeglichen Vermögensverlusten, sondern vor Ausbeutung mittels opportunistischer Vertragsgestaltung durch andere, besser informierte Vertragspartner.

E. Zusammenfügung im neuen Recht

Die beiden Grundansätze des deutschen AGB-Rechts und der europäischen Vertragsklauselrichtlinie schließen sich einander nicht aus, sie können durchaus beide innerhalb einer Rechtsordnung verfolgt werden. Allerdings muss bei der Kodifizierung berücksichtigt werden, dass es sich bei den beiden Ansätzen nicht einfach um ein Mehr oder Weniger handelt, sondern um grundsätzlich unterschiedliche Probleme, die gelöst werden sollen. Deshalb ist es wenig hilfreich, dass der deutsche Gesetzgeber versucht hat, die Vertragsklausel-Richtlinie dadurch umzusetzen, dass er das existierende deutsche AGB-Recht nur an einzelnen Stellen umformuliert und an wenigen anderen ergänzt hat. Dadurch werden beide Ansätze verwässert ohne dass sich über die scheinbare Kontinuität des deutschen AGB-Rechts hinaus Vorteile ergeben hätten.

Besser wäre es gewesen, das alte AGB-Gesetz beizubehalten (ohne dass dies eine Übernahme der Regelungen in das BGB ausgeschlossen hätte) und durch ein zusätzliches Gesetz zu ergänzen, in welchem die Verbraucherschutzorientierung des europäischen Rechts hätte übernommen werden können. Eine grundsätzliche Trennung zwischen verbraucherschützenden Normen und der Regulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen bestand bereits in Österreich und machte damit auch die geringfügige Anpassung der Gesetzeslage an die Vorgaben der Richtlinie einfach.³⁴ Hätte sich auch der deutsche Gesetzgeber für eine solche Trennung entschieden, wäre die Transaktionskosten senkende Wirkung des deutschen Rechts uneingeschränkt beibehalten und dennoch dem (europäischen) Gedanken des Verbraucherschutzes vollständig genüge getan worden.

Daraus, dass diese Trennung nicht erfolgt ist, ergeben sich einige Unstimmigkeiten im neuen deutschen AGB-Recht. Das Verständnis der dem alten deutschen AGB-Recht und der europäischen Vertragsklausel-Richtlinie zugrunde liegenden Überlegungen gibt aber auch Hinweise darauf, wie die einzelne Elemente des neuen deutschen AGB-Rechts auszulegen sind.

Der wohl deutlichste Bruch in der Umsetzung der Richtlinie im neuen AGB-Recht, wie es inzwischen im BGB integriert ist, ergibt sich daraus, dass der dem Verbraucherschutz angemessene konkret-individuelle Kontrollmaßstab für die Unangemessenheit der Benachteiligung wegen der Vermengung der beiden Zielsetzungen in einem Gesetz nicht auf den Bereich des Verbraucherschutzes beschränkt werden konnte, sondern auch auf den Bereich der Transaktionskostenminimierung im Bereich der Verwendung von AGB ausgeweitet werden musste. Solange die konkret-individuelle Berücksichtigung der „den Vertragsschluss begleitenden Umstände“, wie sie entsprechend der Richtlinienvorgabe in § 310 Abs. 3, Nr.3 vorgesehen ist, zu einem stärkeren Schutz des Verbrauchers führt, ergibt sich daraus kein Problem. Auch bei einer Regelung in zwei voneinander unabhängigen Gesetzen wären einzelne Klauseln dann nach AGB-Recht zulässig, nach verbraucherschützendem Klauselrecht aber nicht. Das Ergebnis wird von der Vermengung der beiden Regelungsziele also nicht beeinflusst.

³⁴ Zu den Einzelheiten vgl. MüKo-Basedow, vor § 305, Rz 22–38. Es sei hier noch darauf hingewiesen, dass sich die allgemeine Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im österreichischen ABGB (§ 879 Abs. 3) allein auf eine Generalklausel stützt und damit die Hinweiskwirkung der §§ 308 und 309 BGB für die Auslegung der Generalklausel des § 307 BGB fehlt.

Anders ist es, wenn die konkret-individuelle Berücksichtigung der „den Vertragsschluss begleitenden Umstände“ nach § 310 Abs. 3 Nr.3 zu einem schwächeren Schutz des Verbrauchers führt als das AGB ihn ohne diese Vorschrift vorsehen würde.³⁵ Dann wird, nur weil der individuelle Verbraucher im konkreten Fall nicht schutzbedürftig ist, auch die Regulierung der allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche ja einem ganz anderen Zweck, nämlich der Transaktionskostenminimierung, dient, eingeschränkt, obwohl für es diesen Zweck ja gerade nicht auf die opportunistische Qualität der Klausel aus der konkret-individuellen Perspektive ankommt. Es geht ja dort darum, dem Verwender der *allgemeinen* Geschäftsbedingungen Anreize zu setzen, seine Klauseln so zu formulieren, dass sie aus der generellen Perspektive nicht opportunistische sind. Die konkreten Umstände, die die einzelnen Vertragsabschlüsse in Zukunft begleiten werden, kann er ja zum Zeitpunkt der Formulierung der AGB noch gar nicht beurteilen. Wäre die Vertragsklausel-Richtlinie unabhängig vom AGB-Recht umgesetzt worden, hätten sich diese Probleme vermeiden lassen: die Klausel wäre nach verbraucher-schützendem Klauselrecht zulässig gewesen, nach transaktionskostenminimierendem AGB-Recht aber eben nicht.

Ein weiterer Bruch liegt in der Anwendung von § 309 BGB auf vorformulierte Vertragsbedingungen, die nur einmal verwendet werden sollen. Hier sieht die Richtlinie aus ihrer Verbraucherschutzorientierung heraus konsequenterweise vor, dass die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel unter Berücksichtigung der Umstände, die den Vertragsschluss begleiten, zu beurteilen ist. Die Klauselverbote des § 309 BGB, die nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 in diesem Fall anwendbar sind, eröffnen aber gerade keine Wertungsmöglichkeit. Das verstößt nicht gegen die Richtlinie, denn diese erlaubt ausdrücklich einen stärkeren Schutz des Verbrauchers (Art. 8) und der Ausschluss von Wertungsmöglichkeiten kann sich hier nur zugunsten des Verbrauchers auswirken. Der deutsche Gesetzgeber hat hier aber einen verstärkten Verbraucherschutz eingeführt, wie er es wohl nicht wollte, und wie es selbst unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes nicht sinnvoll ist. Hier werden auch hervorragend informierte und in Vertragsdingungen umfassend erfahrene Geschäftsleute geschützt, selbst wenn sie als Verbraucher in ihrem eigentlichen Geschäftsgebiet etwas außerhalb ihrer beruflichen Tätigkeit kaufen und ihnen ihr Vertragspartner, der zwar Unternehmer ist, aber noch weitgehend unerfahren, einen Vertrag vorformuliert hat. Man könnte das Ergebnis höchstens dadurch korrigieren, dass man argumentiert, in einem solchen Fall habe der Geschäftsmann kraft seiner Erfahrung immer die Möglichkeit, auf den Inhalt der Vertragsbedingungen Einfluss zu nehmen. Dann wäre das AGB-Recht auch nicht als Verbraucherschutzrecht anwendbar.

Die dritte Unstimmigkeit, die wir hier betrachten wollen, lässt sich an folgendem Fall darstellen: Verbraucher V bestellt bei Unternehmer U Ware mit einem formlosen Anschreiben. Da er von einer früheren Bestellung noch ein Blatt mit den AGB des U hat, heftet er dieses der Bestellung gleich an, weil er weiß, dass U nur unter diesen Bedingungen liefert. U liefert wie von V erhofft ohne weitere Korrespondenz die bestellte Ware. Bei einer Reklamation beruft er sich aber auf eine in den AGB enthaltene Klausel, die den V unangemessen benachteiligt.³⁶ Nach altem Recht hätte man den U weiterhin als Verwender der AGB betrachten können, nach dem Wortlaut des neuen Rechts wäre das aber wohl wegen des Wortlautes von § 310 Abs. 3, Nr. 1 ausgeschlossen: hier hat eindeutig der V die AGB in den konkreten Vertrag eingeführt.

³⁵ m.w.N. MüKo-Basedow, § 310 Rz. 75

³⁶ Nach BGH NJW 1997, 2043, wo es allerdings um zwei Unternehmer ging.

Das Ergebnis widerspricht der Zielsetzung des AGB-Rechts, dem Verwender der AGB, der sie auch formuliert, Anreize zu setzen, sie so auszugestalten, dass sie keine opportunistischen Klauseln enthalten. Die in § 310 Abs. 3, Nr. 1 enthaltene Fiktion ist jedoch gar nicht in der Richtlinie angelegt. Sie war nur nötig, weil die Richtlinie und das deutsche AGB-Recht ganz unterschiedlich an die Frage herangehen, unter welchen Umständen wer in welche Rolle der Klauselvertragsbeziehung schlüpft. Die Richtlinie fragt gar nicht danach, wer die Klauseln in den Vertrag eingeführt hat, sondern stellt nur darauf ab, ob der Verbraucher trotz ihrer Vorformulierung (durch wen auch immer) auf ihren Inhalt Einfluss nehmen konnte. Das deutsche AGB-Recht knüpft hingegen daran an, wer die AGB „stellt“, wer sich also mit den von ihm gewünschten AGB durchsetzt. Beide Regelungen sind auch dem jeweiligen Regelungszweck angemessen: bei der Richtlinie geht es darum, den Verbraucher vor opportunistischer Ausbeutung durch den Unternehmer zu schützen, der zwar unabhängig davon, wie der Unternehmer zu seiner Ausbeutungsmöglichkeit kommt; beim deutschen AGB-Gesetz geht es darum, demjenigen die erwünschten Anreize zu setzen, der über den Inhalt der AGB entscheidet. Hätte man die Richtlinie unabhängig vom AGB-Gesetz umgesetzt, wäre es wohl kaum zu dem hier problematisierten Formulierungsmisgeschick gekommen.

Schließlich stellt sich ein ähnliches Problem vom Wortlaut des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB her für die Vorschriften über die Einbeziehung von AGB und für die einmalige Verwendung vorformulierter Klauseln. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB benennt dem Wortlaut nach abschließend die Vorschriften, die auch auf für die einmalige Verwendung vorformulierter Klauseln angewendet werden müssen. Darin sind nicht enthalten die §§ 305, 305b und – besonders deutlich, weil Abs. 2 enthalten ist – 305c Abs.1 BGB. Verhältnismäßig unproblematisch lässt sich das Problem der fehlenden Verweisung auf § 305b BGB lösen. Der Vorrang der Individualabrede kann über die allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung gerettet werden.³⁷ Anders sieht es beispielsweise bei der Regelung des § 305 II S.2 BGB aus, der dem Verwender die Pflicht auferlegt Möglichkeiten zumutbarer Kenntnisnahme zu schaffen. Hier gebietet das Transparenzgebot in Art 5 S.1 der Richtlinie eine richtlinienkonforme Auslegung, die bei Nichtbeachtung der besonderen Bestimmung auch ein Einbeziehungshindernis für Einzelvertragsklauseln rechtfertigt.³⁸ Besonders deutlich wird dieses Problem im Falle des § 305c I BGB, nämlich bei überraschenden Klauseln. Hier wurde auf einen Verweis im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens ausdrücklich verzichtet. Dies würde nach nationalem Recht eine Analogie unmöglich machen. Trotzdem wird eine richtlinienkonforme Auslegung gerade in diesen Fällen von der Literatur gefordert.³⁹ Auch in diesem Bereich ergibt sich die Notwendigkeit der relativ weit vom Wortlaut entfernten richtlinienkonformen Auslegung nur aus dem Versuch des Gesetzgebers, innerhalb des einen Gesetzes Regelungen für AGB und für Klauseln, die nur für die einmalige Verwendung vorformuliert sind, soweit wie möglich voneinander zu trennen, ohne dabei den Gesetzestext mehr als unbedingt nötig zu ändern. Eine Trennung in zwei verschiedenen Gesetze hätte das Problem wiederum vermieden.

F. Schlussfolgerungen

Wir haben in diesem Referat dargestellt, wie sich ökonomisch sinnvolle Begründungen von Beschränkungen der Zulässigkeit einzelner AGB-Klauseln und von Beschränkungen der Zulässigkeit einzelner Klauseln in Verbraucherverträgen unterscheiden. Für den ersten Bereich hatten wir das Argument vor allem auf Transaktionskostenüberlegungen und die grundsätzliche Vorteilhaftigkeit *allgemeiner* Geschäftsbedingungen gestützt, für den zweiten stark auf

³⁷ Palandt-Heinrichs, § 310 Rz.18

³⁸ Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 2 Rz. 110

³⁹ Ulmer/Brandner/Hensen -Ulmer, § 3 Rz. 59; Ulmer/Brandner/Hensen -Horn, § 24a Rz. 41

Informationsnachteile von Verbrauchern rekurriert. Diese unterschiedlichen Begründungen haben wir dem alten deutschen AGB-Recht und der europäischen Vertragsklausel-Richtlinie zugeordnet. Wir haben gezeigt, dass sich aus der Vermengung der beiden Regelungsbereiche und damit der ihnen zugrunde liegenden Zielsetzungen im neuen deutschen AGB-Recht Unstimmigkeiten und Auslegungsprobleme ergeben.

Daraus lassen sich Schlussfolgerungen für die Entwicklung von einheitlichem europäischen Zivilrecht ziehen:

- Bei der bewusst entworfenen Entwicklung europäischen Privatrechts sollte sehr genau auf den theoretischen Hintergrund und die ökonomische Bedeutung sowie die daraus jeweils folgenden Zielsetzungen geachtet werden, denn sonst führt die Europäisierung des Zivilrechts zu nur schwer umsetzbarem Recht, weil es immer wieder Reibungspunkte mit den nationalen Rechtsordnungen gibt. Gleiches gilt für die Umsetzung von RL.
- Es sollten nur Rechtsgebiete vereinheitlicht werden, bei denen eindeutig eine einheitliche Zielsetzung des Rechts vorliegt.
- Das kann anders sein, wenn sich die nationalen Zivilrechtsordnungen in einem spontanen Prozess an einander angleichen. Dann kann im spontan entwickelten Recht genügend Information enthalten sein, um eine reibungslose Entwicklung *eines* europäischen Zivilrechts zu erlauben.
- Das ist kein Petitum gegen eine bewusst entworfene Vereinheitlichung, denn die spontane Vereinheitlichung muss wegen offensichtlicher Selbstverfestigungstendenzen nicht eintreten, kann aus dem selben Grund in eine suboptimale Richtung gehen und braucht viel mehr Zeit, während der Kosten aus der Unterschiedlichkeit der Zivilrechtsordnungen entstehen.

Literatur

Adams, M., Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), in: Neumann (Hrsg.): Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Schriften des Vereins für Socialpolitik, S. 655 ff, 1984.

Adams, M., Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes, Verträge bei asymmetrischer Information, Betriebs-Berater S. 781 ff, 1989.

Adams, M., Ökonomische Theorie des Rechts: Konzepte und Anwendungen, 2. Auflage, 2004.

Akerlof, G., The Market for Lemons, Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism, Quaterly Journal of Economics, Band 84, S. 488 ff, 1970.

Arcuri, A., Product Safety Regulation, in: Bouckaert, Boudewijn und DeGeest, Gerrit (eds): Encyclopedia of Law and Economics, Vol. III, S. 329 ff, 2000.

Beimowski, J., Zur ökonomischen Analyse Allgemeiner Geschäftsbedingungen, 1989.

Damm, R., Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht, Zur Umsetzung der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, *Juristen Zeitung* S. 161 ff 1994.

Geistfeld, M., Products Liability, in: Bouckaert, Boudewijn und DeGeest, Gerrit (eds): *Encyclopedia of Law and Economics, Vol. III*, S. 347, 2000.

Katz, A., Your terms or mine? The duty to read the fine print in contracts, *RAND Journal of Economics*, Vol. 21, S. 518 ff, 1990.

Kötz, H., Welche gesetzlichgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen? Gutachten für den 50. Deutschen Juristentag. Verhandlungen des Fünfzigsten Deutschen Juristentages. Band I (Gutachten), Teil A., Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), S. A 1 ff, 1974.

MüKo Münchener Kommentar zum BGB, Rebmann/Säcker /Rixecker (Hrsg.), Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2003.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Bassenge/Diederichsen (Hrsg), 63.Aulage, 2004.

Posner, E., Contract Law in the Welfare State: A Defence of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations on the Freedom of Contract, *Journal of Legal Studies* Vol. 24, S. 283 ff, 1995.

Raiser, L., Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935/1961.

Rat der europäischen Gemeinschaften, Gemeinsamer Standpunkt des Rates im Hinblick auf die Annahme der Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ZIP 1992, S. 1591 ff.

Rubin, P., Information Regulation (Including Regulation of Advertising), in: Bouckaert, Boudewijn und DeGeest, Gerrit (eds): *Encyclopedia of Law and Economics, Vol. III*, S. 271 ff, 2000.

Schäfer, H.-B., Theorie der AGB-Kontrolle, in: Schäfer und Lwowski (Hrsg.), FS C. Ott, S. 279 ff, 2002.

Schäfer, H.-B. / Ott, C., Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4.Auflage, 2005.

Steinringer, C., Beweisrechtliche Aspekte des Verbraucherschutzes bei allgemeinen oder für den Einzelfall vorformulierten Vertragsbedingungen im italienischen und deutschen Recht, Diss. Regensburg (urn:nbn:de:bvb:355-opus-3113), 2002.

Svorny, S., Licensing, Market Entry Regulation, in: Bouckaert, Boudewijn und DeGeest, Gerrit (Hrsg.): *Encyclopedia of Law and Economics, Vol. III*, S. 296 ff, 2000.

Tinbergen, J., *Economic Policy: Principles and Design*, 1956.

Ulmer, P., Verhandlungen des Fünfzigsten Deutschen Juristentages. Band II (Sitzungsberichte), Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg), S. H 8 ff, 1974.

Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), 8. Auflage, 1997.

Ungern-Sternberg, T., Zur Analyse von Märkten mit unvollständiger Nachfragerinformation, 1984.

Van den Bergh, R., Wer schützt die europäischen Verbraucher vor dem Brüsseler Verbraucherschutz? Zu den möglichen adversen Effekten der europäischen Richtlinien zum Schutze des Verbrauchers, in: Ott/Schäfer (Hrsg), Beiträge zum V. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts, S. 77, 1996.

Van Wijck, P./Theeuwes, J., Protection against Unfair Contracts: An Economic Analysis of European Regulation, European Journal of Law and Economics, Vol. 9, S. 73 ff, 2000.

Wolf M./Horn N./Lindacher F., Kommentar zum AGB-Gesetz, 4.Auflage, 1999.