

PETER McCOLGAN

Abschied vom
Informationsmodell
im Recht allgemeiner
Geschäftsbedingungen

Studien zum Privatrecht

Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 91



Peter McColgan

Abschied vom
Informationsmodell im Recht
allgemeiner
Geschäftsbedingungen

Mohr Siebeck

Peter McColgan, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin und am King's College London; 2013 Erstes Staatsexamen; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Ökonomik der Humboldt-Universität zu Berlin, Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M. (University of Chicago); 2019 Promotion; seit 2018 Referendar am Kammergericht, aktuell Wahlstation bei FangDa Partners in Shanghai.

orcid.org/0000-0002-3455-631X

Gedruckt mit Unterstützung der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg, der Stiftung ius vivum, Kiel und der Konrad-Redeker-Stiftung, Bonn.

ISBN 978-3-16-158966-9 / eISBN 978-3-16-158967-6

DOI 10.1628/978-3-16-158967-6

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times New Roman gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Die Literatur wurde zum Stand Ende 2019 aktualisiert.

Die Dissertation wurde im Juli 2019 von der Juristischen Fakultät sowie vom Humboldt Juristischer Freundeskreis e. V. mit dem Promotionspreis für die beste Dissertation im Fachgebiet Zivilrecht ausgezeichnet. Die Publikationskosten dieser Arbeit wurden durch Zuschüsse der Konrad-Redeker-Stiftung, der Stiftung IUS VIVUM sowie durch die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung gefördert. Ich danke diesen Unterstützern für die finanziellen Mittel und die fachliche Wertschätzung.

Herausragender Dank gilt meinem Doktorvater und akademischen Lehrer, Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M. (University of Chicago), von dem ich mehr gelernt habe, als in diesem Buch steht. Ich bedanke mich nicht nur für die Betreuung dieser Arbeit, sondern auch für die jahrelange Unterstützung und freundvolle Zusammenarbeit.

Ich danke Prof. Dr. Reinhard Singer für die rasche Zweitbegutachtung. Seit meinem ersten Semester hat er mich an der Humboldt-Universität begleitet und mein Interesse für Vertragsrecht geweckt. Prof. Dr. Kaspar Krolop danke ich für die anregende Gestaltung der Disputation.

Die Arbeit hat von zahllosen Diskussionen und Anregungen enorm profitiert, wobei nicht jeder fachliche Rat Erwähnung finden kann. Besonders hervorheben möchte ich Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Reinhard Zimmermann für die Einladung an das Hamburger Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Dieser, sowie seine Anregungen haben die Arbeit maßgeblich vorangebracht und verbessert. Für Kritik und Anregung danke ich auch Prof. Oren Bar-Gill, Prof. Omri Ben-Shahar, Prof. Dr. Walter Doral, Prof. Dr. Bertram Lomfeld und Prof. Dr. Lars Klöhn.

Die Arbeit entstand während einer einzigartigen und erlebnisreichen Zeit an Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität. Ich möchte mich bei allen Menschen bedanken, die mich dort in dieser Zeit begleitet haben und meine *alma mater* zu solch einem wundervollen Ort gemacht haben – von den Lehrstühlen über die Verwaltung bis hin zum Wachschutz. Namentlich hervorheben möchte ich Dr. Nina Elisabeth Herbort, Dr. Matthias Roßbach, LL.M (Yale) sowie Dr. Patrick Zurth, die mich in der Manuskripterstellung, wie auch in allen

Lebenslagen tatkräftig unterstützt haben. Dr. Marcus Bsaisou, LL.M. (King's College London) und Dr. Steffen Rützenhoff, LL.M. (King's College London) danke ich für die schönen Jahre als Kollegen – ohne Freunde keine Freude.

Besonderer Dank gebührt meiner Familie, die mich in der Verfolgung des Ziels stets bestärkt hat. Meiner Mutter, der ich diese Arbeit widme, danke ich für Ihre Fähigkeit, immer das Richtige zu sagen. Meinem Vater für seinen Optimismus und seinen Abenteuergeist. Meinem Bruder danke ich dafür, dass er immer für mich da ist. Karina und Helmut Holter, Elena Holter-Sterz und Dr. Jan Sterz für Jahre der Freundschaft und familiären Verbundenheit. Zuletzt gilt ewiger Dank Dr. Tatjana Holter für ihre alltägliche sowie außergewöhnliche Unterstützung, ihr Vertrauen in mich und mein Leben mit ihr. Für sie würde ich sogar allgemeine Geschäftsbedingungen lesen.

Shanghai, Oktober 2019

Peter McColgan

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XIII
Kapitel 1: Einleitung	1
<i>I. Vom Wesen der allgemeinen Geschäftsbedingungen</i>	2
<i>II. Funktionen allgemeiner Geschäftsbedingungen</i>	5
1. Grundlagen: Die Effizienz des vertraglichen Austauschs	5
2. Rationalisierung, Standardisierung und Gleichformung von Geschäftsabläufen	6
3. Drittnutzenfunktionen, Netzwerke und Entlastung des Rechtssystems	8
4. Risikoverlagerung	10
5. Wettbewerbsfunktionen	11
6. Neue Geschäftsmodelle und Beschleunigung	12
7. Zusammenfassung	14
<i>III. Zielsetzung und Methode</i>	15
Kapitel 2: Der Schutzzweck der Inhaltskontrolle	17
<i>I. Der Schutzzweck der Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen – ein rechtsökonomisches Wandgemälde</i>	17
<i>II. Untersuchungsrahmen und Ziele einer ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen oder: Wie viele Nobelpreisträger braucht man, um eine Glühbirne zu wechseln?</i>	19
1. Methodologische Grundfragen einer verhaltensökonomisch und empirisch informierten Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen ..	19
2. Totgesagte leben länger – die ökonomische Analyse nach dem Tod des homo oeconomicus	20
<i>III. Grundstruktur einer ökonomischen Analyse des Vertragsrechts</i>	34
1. Coase und die Effizienz der Transaktionskostenreduktion	35
2. Transaktionskostenreduktion nur bei gleichbleibender Effizienz des vertraglichen Austausches	40

IV.	<i>Effiziente Verträge und wo sie zu finden sind</i>	42
	1. Markt, Wettbewerb und effiziente Vertragsinhalte	42
	2. Heterogenität	43
	3. Ineffiziente Vertragsinhalte auf Grundlage von Marktmacht?	44
V.	<i>Warum die Inhaltskontrolle effizienzsteigernd ist – Theorie des Marktversagens</i>	47
	1. Effizienztautologien – eine perfekte Welt gibt es nur im Kino	47
	2. Informationsasymmetrie und verhaltensökonomisches Marktversagen als Grundlage für ineffiziente Klauseln	48
VI.	<i>Könnte die Inhaltskontrolle effizienzschädigend sein?</i>	59
	1. Überwindung der Informationsasymmetrie durch Preis	60
	2. Überwindung des Informationsdefizites durch die Hypothese informierter Minderheit (informed minority hypothesis)	63
	3. Signaling und (vergleichende) Werbung	72
	4. Lerneffekte, Reputationseffekte und Erfahrungsgüter	77
	5. Zwischenergebnis	82
VII.	<i>Empirische Untersuchungen über allgemeine Geschäftsbedingungen</i>	82
	1. Befragungen	84
	2. Untersuchungen tatsächlichen Leseverhaltens	88
	3. Marotta-Wurglers Dreizack – Untersuchungen der Inhalte allgemeiner Geschäftsbedingungen	92
	4. Andere Vertragsinhaltsuntersuchungen	95
	5. BMJV-Gutachten von Leuschner/Meyer	98
	6. Zusammenfassung	100
VIII.	<i>Informationsasymmetrie und ihre realen Facetten</i>	101
	1. Informationsbeschaffung ist teuer	102
	2. Informationsbeschaffung ist nicht nützlich	115
	3. Ergebnis: Lesen von allgemeinen Geschäftsbedingungen ist äußerst unwahrscheinlich	130
IX.	<i>Nichtlesen allgemeiner Geschäftsbedingungen als Heuristik</i>	131
X.	<i>Exkurs: Deus ex machina – wird die Digitalisierung die Inhaltskontrolle ersetzen?</i>	134
	1. Technische Reformpotentiale für allgemeine Geschäftsbedingungen	134
	2. Digitalisierung erlaubt stärkere Reputationseffekte	136
	3. Soziale Medien erlauben Vernetzung zwischen Empfängern	137
	4. Digitalisierung erlaubt gezieltere Werbung	138
	5. Digitalisierung und Informationsproblem	139
XI.	<i>Zwischenergebnis: Marktversagen durch Informationsasymmetrie – Behavioral Market Failure</i>	141

Kapitel 3: Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen	145
I. <i>Das Informationsmodell und seine Ausformung im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen</i>	146
II. <i>Ökonomischer Abschiedskuss an das Informationsmodell</i>	148
1. Information ex ante und ex post Vertragsschluss	149
2. Zwischenergebnis	152
III. <i>Funktionale Verteidigungslinien des Informationsgebots</i>	153
1. Mythos „Minimalschutz“	153
2. Kritik am ökonomischen Schutzzweck	155
3. Zwischenergebnis	170
IV. <i>Dogmatische Grundlagen des Informationsmodells – Für ein Ende der Geisterbeschwörung</i>	171
1. Das Informationsmodell als Ausprägung eines liberalen Vertragsrechts	171
2. Informationsmodell sichert Autonomievoraussetzungen	172
3. Informationsmodell und Vertragstheorie – Das Ende der Geisterbeschwörung	174
4. Zwischenergebnis	192
V. <i>Zusammenfassung – Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen</i>	192
 Kapitel 4: Das <i>Wann</i> der Information – Einbeziehungs Voraussetzungen	 193
I. <i>Voraussetzungen für die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen</i>	193
1. Einbeziehungs Voraussetzungen nach § 305 Abs. 2 BGB	193
2. Einbeziehungs Voraussetzungen im unternehmerischen Verkehr	194
II. <i>Ziele der Einbeziehungs Voraussetzungen</i>	199
1. Die Einbeziehungs Voraussetzungen im Dreieck von Rechtssicherheit, Vertragsdenken und unnötigen Formalien	199
2. Für eine Neuausrichtung der Balance zwischen unnötigen Formalien und Rechtssicherheit	203
III. <i>Unsichtbare Einbeziehung nach Abschied vom Informationsmodell</i> .	205
1. Die unsichtbare Einbeziehung und die Möglichkeit zur Kenntnisnahme im Moment des Vertragsschlusses	205
2. Die unsichtbare Einbeziehung und ihr Verhältnis zum Hinweis im Massenvertrag	218

3. Moderne Einverständnisgestaltung im Massenvertrag	229
IV. <i>Kritik erleichterter Einbeziehungsmöglichkeiten</i>	236
1. Die Diskussion zur Branchenüblichkeit als Ausgangspunkt	236
2. Unsichtbare Einbeziehung zwischen Normen- und Vertragstheorie . .	243
V. <i>Ergebnis: Unsichtbare Einbeziehung</i>	253
Kapitel 5: Das <i>Wie</i> der Informationsbereitstellung – Transparenzgebot und Verbot überraschender Klauseln	255
I. <i>„Zauberformel“ Transparenzgebot und seine Ausformungen</i>	255
1. Informationsasymmetrie und Transparenzgebot	257
2. Das Transparenzgebot als eigenständiger Kontrollmaßstab	257
II. <i>Contra proferentem Regel als Gewährleistung der Bestimmbarkeit</i> . .	265
III. <i>Verbot überraschender Klauseln</i>	268
1. Grundlagen des § 305 Abs. 1 BGB	268
2. Überraschende Klauseln, Transparenzgebot und Informationsmodell .	269
3. Überraschungskontrolle vs. Angemessenheitskontrolle	271
4. Überraschung bei Klauselkenntnis und ihre Bedeutung für die Grenzen der Inhaltskontrolle	273
IV. <i>Ergebnis</i>	274
Kapitel 6: Inverses Informationsmodell – Verständige Kenntnis als Grenze der Inhaltskontrolle	277
I. <i>Abschied vom Verhandelsbegriff hin zum kenntnisorientierten Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen</i>	277
1. Sorgenkind der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	278
2. Verständige Kenntnisnahme als Grenzkriterium für die einheitliche Inhaltskontrolle	280
3. Das Modell verständiger Kenntnisnahme im Verbraucherverkehr . . .	283
4. Für die Verwendung der verständigen Kenntnis als Grenzkriterium der Inhaltskontrolle	285
II. <i>Gesetzesreform: Wertgrenzen der Literatur</i>	286
1. Wertgrenzen der Literatur	286
2. Verhandlungen und effiziente Klauseln	287
3. Vertragsvolumen als Kernparameter der Grenzwerte	287
4. Fehlender Zusammenhang zwischen Vertragswert und Vertragsvolumen	288

5. Fehlender Zusammenhang zwischen Kooperationsgewinn und Transaktionsvolumen aus Käuferperspektive	290
6. Geschäftsvolumen als notwendige, nicht hinreichende Bedingung für effizientes Aushandeln	290
7. Geschäftsvolumen und sein Bezug zur Nutzenkalkulation	291
8. Wertgrenze – „auf links“ implementiert	291
9. Zusammenfassung	294
<i>III. Ergebnis</i>	294
Kapitel 7: Alternativlosigkeit des Abschieds vom Informationsmodell	297
<i>I. Konsequenzen des Abschieds vom Informationsmodell</i>	297
1. Tatsächliche Ausrichtung der Schutzrichtung am Schutzzweck	297
2. Informationsentschlackung im Alltag – Beschleunigung des Geschäftslebens	298
3. Kostenreduktion	299
4. Erhöhte Flexibilität	300
5. Auflösung psychologischer Zwangslage und die Vorteile für das Institut des Vertrags	301
6. Hingabe der Information zum sinnvolleren Zeitpunkt	306
7. Altersdiskriminierung und unsichtbare Einbeziehung	306
<i>II. Rettung des Informationsmodells durch bessere Informationspflichten</i>	308
1. Zwingende spezifische Zustimmung – Specific Assent	308
2. Personalisierte Aufklärungspflichten	309
3. Vereinfachung und Standardisierung	310
4. Smart Disclosure im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen	312
5. Ergebnis	313
<i>III. Ausblick: Abschied vom Informationsmodell und sonstige Informationspflichten</i>	314
1. Informationspflichten bei besonderen Vertriebsformen	314
2. Informationspflichten bei besonderen Vertragstypen	315
3. Fazit	316
Zusammenfassung und Thesen	317
Literaturverzeichnis	321
Sachregister	357

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Kapitel 1: Einleitung	1
I. <i>Vom Wesen der allgemeinen Geschäftsbedingungen</i>	2
II. <i>Funktionen allgemeiner Geschäftsbedingungen</i>	5
1. Grundlagen: Die Effizienz des vertraglichen Austauschs	5
2. Rationalisierung, Standardisierung und Gleichformung von Geschäftsabläufen	6
3. Drittnutzenfunktionen, Netzwerke und Entlastung des Rechtssystems	8
4. Risikoverlagerung	10
5. Wettbewerbsfunktionen	11
6. Neue Geschäftsmodelle und Beschleunigung	12
7. Zusammenfassung	14
III. <i>Zielsetzung und Methode</i>	15
Kapitel 2: Der Schutzzweck der Inhaltskontrolle	17
I. <i>Der Schutzzweck der Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen – ein rechtsökonomisches Wandgemälde</i>	17
II. <i>Untersuchungsrahmen und Ziele einer ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen oder: Wie viele Nobelpreisträger braucht man, um eine Glühbirne zu wechseln?</i>	19
1. Methodologische Grundfragen einer verhaltensökonomisch und empirisch informierten Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen ..	19
2. Totgesagte leben länger – die ökonomische Analyse nach dem Tod des homo oeconomicus	20
a) Das Leben und Wesen des homo oeconomicus	20
b) homo oeconomicus als Modelleinheit	22
c) Milton Friedmans „Taschenspielertrick“	24
d) Entwicklung der Verhaltensökonomik	26

e) Behavioral Law and Economics – Verhaltensökonomische Analyse des Rechts	31
III. Grundstruktur einer ökonomischen Analyse des Vertragsrechts	34
1. Coase und die Effizienz der Transaktionskostenreduktion	35
2. Transaktionskostenreduktion nur bei gleichbleibender Effizienz des vertraglichen Austausches	40
IV. Effiziente Verträge und wo sie zu finden sind	42
1. Markt, Wettbewerb und effiziente Vertragsinhalte	42
2. Heterogenität	43
3. Ineffiziente Vertragsinhalte auf Grundlage von Marktmacht?	44
V. Warum die Inhaltskontrolle effizienzsteigernd ist – Theorie des Marktversagens	47
1. Effizienztautologien – eine perfekte Welt gibt es nur im Kino	47
2. Informationsasymmetrie und verhaltensökonomisches Marktversagen als Grundlage für ineffiziente Klauseln	48
a) Informationsasymmetrie und Marktversagen	48
b) Allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertrauensgüter	49
c) Informationsasymmetrie als Folge prohibitiver Informationskosten und beschränkter Rationalität	51
d) Effizienzschaden aus der Informationsasymmetrie	54
e) Warum Wettbewerb Klauselempfänger nicht schützt, sondern sogar schädigen kann	54
VI. Könnte die Inhaltskontrolle effizienzschädigend sein?	59
1. Überwindung der Informationsasymmetrie durch Preis	60
2. Überwindung des Informationsdefizites durch die Hypothese informierter Minderheit (informed minority hypothesis)	63
a) Heterogenität von Informationskosten und Klauselnutzen als Grundlage für informierte Minorität	63
b) Hypothese informierter Minderheit	64
c) Kritik an der Hypothese informierter Minderheit	67
3. Signaling und (vergleichende) Werbung	72
a) Werbung muss Verbraucherbewusstsein für Klauseln überhaupt erst schaffen	73
b) Klauselwerbung ist schlechte Werbung	74
c) Wettbewerber können trittbrettfahren	75
d) Vergleichende Werbung als Anleitung zur Wettbewerberschädigung	76
e) Fazit	77
4. Lerneffekte, Reputationseffekte und Erfahrungsgüter	77
a) Lerneffekte	77
b) Reputationseffekte	78

c) Zweifel am Bestehen von Lern- und Reputationseffekten	79
d) Strategische Reaktion auf Lerneffekte	79
e) Empirische Befunde und Fazit	81
5. Zwischenergebnis	82
<i>VII. Empirische Untersuchungen über allgemeine Geschäftsbedingungen</i>	82
1. Befragungen	84
a) Hillman-Befragung	84
b) Becher/Unger-Aviram-Befragung	85
c) Plaut/Bartlett-Studie	86
d) Schmitz' Pizzakartonbefragung	87
e) Methodische Schwächen der Befragungen	87
2. Untersuchungen tatsächlichen Leseverhaltens	88
a) Stark/Choplin-Offlineuntersuchungen	88
b) Clickstreamuntersuchungen	90
aa) Bakos/Marotta-Wurgler/Trossen-Studie	90
bb) Welchen Unterschied macht es, wenn Verbraucher auf „Ich akzeptiere“ klicken müssen	91
cc) Methodologische Kritik	92
3. Marotta-Wurglers Dreizack – Untersuchungen der Inhalte allgemeiner Geschäftsbedingungen	92
a) Vertragsinhaltsuntersuchung	93
b) Wettbewerbsuntersuchung	94
c) Effekt der Kenntnisnahmemöglichkeit	94
4. Andere Vertragsinhaltsuntersuchungen	95
a) Hillman/Barakat-Untersuchung	95
b) Mann/Siebeneicher-Untersuchung	95
c) Marotta-Wurgler/Taylor-Veränderungsuntersuchung	97
5. BMJV-Gutachten von Leuschner/Meyer	98
6. Zusammenfassung	100
<i>VIII. Informationsasymmetrie und ihre realen Facetten</i>	101
1. Informationsbeschaffung ist teuer	102
a) Lange Texte	102
b) Komplexe Texte	103
c) Rechtliche Fachsprache – Legalesisch	106
d) Type und Layout	108
e) Komplexe Produkte überfordern Kapazitäten	109
f) Eile sowie soziale und psychologische Kosten des Lesens	112
g) Unbestimmte Ablehnung und Apathie	115
2. Informationsbeschaffung ist nicht nützlich	115
a) Kleinstwahrscheinlichkeiten	115
b) One-Shot vs. Repeat Player	119
c) Geringe Geschäftsvolumen	120

d)	Unmöglichkeit der Bewertung juristischer Klauseln für Laien	121
e)	Die rechtliche Dimension allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nur eine Dimension	123
f)	Unabänderbarkeit	124
g)	Branchenüblichkeit und Suchkosten	126
h)	Nutzen aus effizienter Klausel kommt nicht zwingend dem Empfänger zu	127
i)	Bestehendes rechtliches Schutzniveau und allgemeine Vertragsgerechtigkeit	128
3.	Ergebnis: Lesen von allgemeinen Geschäftsbedingungen ist äußerst unwahrscheinlich	130
IX.	<i>Nichtlesen allgemeiner Geschäftsbedingungen als Heuristik</i>	131
X.	<i>Exkurs: Deus ex machina – wird die Digitalisierung die Inhaltskontrolle ersetzen?</i>	134
1.	Technische Reformpotentiale für allgemeine Geschäftsbedingungen .	134
2.	Digitalisierung erlaubt stärkere Reputationseffekte	136
3.	Soziale Medien erlauben Vernetzung zwischen Empfängern	137
4.	Digitalisierung erlaubt gezieltere Werbung	138
5.	Digitalisierung und Informationsproblem	139
XI.	<i>Zwischenergebnis: Marktversagen durch Informationsasymmetrie – Behavioral Market Failure</i>	141
Kapitel 3: Abschied vom Informationsmodell im Recht		
allgemeiner Geschäftsbedingungen		145
I.	<i>Das Informationsmodell und seine Ausformung im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen</i>	146
II.	<i>Ökonomischer Abschiedskuss an das Informationsmodell</i>	148
1.	Information ex ante und ex post Vertragsschluss	149
a)	Abschlusstransparenz und Durchführungstransparenz	149
b)	Abschlussinformation für allgemeine Geschäftsbedingungen ist widersprüchlich	150
c)	Information ex post als Anwendungsbereich des Informationsmodelles	151
d)	Ex ante Information nur für wettbewerbsrelevante Dimensionen . .	151
e)	Informationsmodell und der ex post Zeitpunkt	151
2.	Zwischenergebnis	152
III.	<i>Funktionale Verteidigungslinien des Informationsgebots</i>	153
1.	Mythos „Minimalschutz“	153
a)	Informationsmodell erhöht den Minimalschutz der Inhaltskontrolle nicht	154

b)	Konzept des partiellen Lesens ist Hypothese informierter Minderheit in anderem Gewande	155
2.	Kritik am ökonomischen Schutzzweck	155
a)	Alternativen zum Schutzzweck als Informationsproblem	156
b)	Synthetisierungstendenzen im modernen Schrifttum	157
aa)	Trennung und Synthese individueller und überindividueller Schutzkonzeptionen	158
bb)	Argumentative Synthesen	159
c)	Kritische Betrachtung der ökonomischen Analyse des Rechts allgemeiner Geschäftsbedingungen	160
aa)	Fehlende Voraussetzungen einer tatsächlichen Schwächerenstellung und die Typisierungserklärung	160
(1)	Tatsächliche Unterlegenheit des Empfängers ist keine Voraussetzung der Inhaltskontrolle	160
(2)	Eine Typisierung des Gesetzgebers?	161
(3)	Typisierungserklärung überzeugt weder für Unternehmer noch für Verbraucher	161
(4)	Typisierungserklärung ist Paradebeispiel für Synthetisierungstendenzen im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen	162
bb)	Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle auf einseitig gestellte Bedingungen nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB	163
cc)	Schutzlücken bei rein ökonomischem Schutzzweck	165
dd)	Allgemeine Kritikpunkte an der ökonomischen Analyse des Rechts gehen im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen besonders fehl	165
ee)	Normative und deskriptive Ebenen der Schutzzweckdiskussion	168
(1)	Deskriptive und normative Vertragstheorie	168
(2)	Deskriptive Defizite beider Ansätze	168
(3)	Rationale Apathie als normative Schutzkonzeption	170
3.	Zwischenergebnis	170
IV.	<i>Dogmatische Grundlagen des Informationsmodells – Für ein Ende der Geisterbeschwörung</i>	171
1.	Das Informationsmodell als Ausprägung eines liberalen Vertragsrechts	171
2.	Informationsmodell sichert Autonomievoraussetzungen	172
a)	Informationsmodell und Selbstbindung	172
b)	Verortung in der Freiheit um der Freiheit willen oder – Zamir, Farkash und der Präsident der Vereinigten Staaten von Amerika	173
3.	Informationsmodell und Vertragstheorie – Das Ende der Geisterbeschwörung	174
a)	Die Privatautonomie und ihr fehlender Bezug zu allgemeinen Geschäftsbedingungen	175

aa) Flumes Konzeption – Vertragsfreiheit und Selbstbestimmung	175
bb) Über allgemeine Geschäftsbedingungen – Flumes Verweisungslehre	176
b) Wolfs rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und ihr fehlender Bezug zu allgemeinen Geschäftsbedingungen	177
c) Soziale Vertragsfunktion, ihr fehlender Bezug zu allgemeinen Geschäftsbedingungen und institutioneller Rechtsmissbrauch	178
d) Schmidt-Rimplers Richtigkeitsgewähr und ihr fehlender Bezug zum Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen	179
aa) Die Richtigkeitsgewähr	179
bb) Mangelnde Richtigkeitsgewähr und Inhaltskontrolle	180
cc) Exkurs: Schmidt-Rimpler als utilitaristischer Vertragstheoretiker wider Willen	181
e) Konsequenzen der Grundlagen für das Informationsmodell	183
aa) Kompensation fehlender Funktionsvoraussetzungen als Metaprinzip der Inhaltskontrolle	183
(1) Abwesenheit der vertraglichen Grundprinzipien als allgegenwärtiger Erklärungstopos für die Inhaltskontrolle	183
(2) Kompensationslogik in allen Erklärungsansätzen	183
(3) Faktische Grundlage der Kompensationslogik	184
bb) Kompensationsprinzip schließt Notwendigkeit eines Informationsmodells aus	185
cc) Kompensationsprinzip und Verbindlichkeitsparadoxon rechtsgeschäftlicher Einigung	186
dd) Kompensationsprinzip und Materialisierung	186
ee) Kompensationslogik erweist der Vertragsfreiheit einen Bärendienst	187
f) Fazit	191
4. Zwischenergebnis	192
<i>V. Zusammenfassung – Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen</i>	<i>192</i>
Kapitel 4: Das <i>Wann</i> der Information – Einbeziehungsvoraussetzungen	193
<i>I. Voraussetzungen für die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen</i>	<i>193</i>
1. Einbeziehungsvoraussetzungen nach § 305 Abs. 2 BGB	193
2. Einbeziehungsvoraussetzungen im unternehmerischen Verkehr	194
a) Der Hinweis als Einbeziehungsvoraussetzung im Unternehmerverkehr	194
aa) Hinweis ist regelmäßig, aber nicht zwingend erforderlich	194
bb) Branchenüblichkeit	195

cc) Branchenüblichkeit und Wissenmüssen-Formel	196
dd) Laufende Geschäfte	197
ee) Nachträgliche Versendung und kaufmännisches Bestätigungsschreiben	197
b) Die Kenntnisnahmemöglichkeit als Einbeziehungsvoraussetzung im Unternehmerverkehr	198
c) Die Zustimmung im unternehmerischen Verkehr	198
<i>II. Ziele der Einbeziehungsvoraussetzungen</i>	199
1. Die Einbeziehungsvoraussetzungen im Dreieck von Rechtssicherheit, Vertragsdenken und unnötigen Formalien	199
a) Rechtssicherheit zwischen Bestimmbarkeit und Transparenz	199
aa) Zwingender Hinweis als Kernelement des § 2 AGBG	199
bb) Rechtsunsicherheit durch vereinfachte Einbeziehung	200
cc) Rechtssicherheit als Bestimmbarkeit	201
dd) Rechtssicherheit durch Kodifikation	201
b) Effiziente Vertragsabwicklung – unnötige Formalien	202
c) Die Verankerung im Vertragsparadigma	202
d) Zusammenfassung der Ziele des AGBG	203
2. Für eine Neuausrichtung der Balance zwischen unnötigen Formalien und Rechtssicherheit	203
<i>III. Unsichtbare Einbeziehung nach Abschied vom Informationsmodell</i>	205
1. Die unsichtbare Einbeziehung und die Möglichkeit zur Kenntnisnahme im Moment des Vertragsschlusses	205
a) Kenntnisnahmemöglichkeit nur auf Anfrage	205
aa) Informationsobliegenheit des Verwenders der allgemeinen Geschäftsbedingungen.	206
bb) Nur Beweislastverteilung als Bestimmtheitselement	206
b) Verpflichtende ex post Kenntnisnahmemöglichkeit – nachträgliche Einbeziehung	207
c) Missbrauchspotential von rein auf Beweislast beruhenden und dabei informationsfreien Einbeziehungsvoraussetzungen.	209
aa) Kein Missbrauchspotential bei statischer Rechtslage	209
bb) Missbrauchspotential bei dynamischer Rechtslage	211
d) Veröffentlichung allgemeiner Geschäftsbedingungen als ausreichende Kenntnisnahmemöglichkeit in allen Vertragsgestaltungen	212
e) Publikationsregister für allgemeine Geschäftsbedingungen	214
f) Ausblick in die Zukunft: Verfizierung durch dezentrales Blockchainregister	216
g) Zusammenfassung und Bewertung	218
2. Die unsichtbare Einbeziehung und ihr Verhältnis zum Hinweis im Massenvertrag	218

a)	Grundlagen der Hinweisvoraussetzung	218
b)	Auswirkungen der Omnipräsenz allgemeiner Geschäftsbedingungen im Massenvertrag	220
aa)	Allgemeine Prävalenz allgemeiner Geschäftsbedingungen	220
bb)	Massenverträge werden immer unter Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen abgeschlossen	222
c)	Definition des Massengeschäfts für den Reformvorschlag	223
aa)	Massengeschäft aus § 19 AGG	223
bb)	Verhältnis zum Verbrauchervertrag	223
cc)	Zwischenergebnis: Einbeziehungserleichterung sollte für alle Massenverträge gelten	224
d)	Hinweisgestaltung im Massenvertrag	224
e)	Anwendung auf verschiedene Vertragsabschlussituationen	226
aa)	Vertragsschluss im Internet	226
bb)	Schriftliche Massenverträge	227
cc)	Mündliche Massenverträge	227
f)	Zusammenfassung – Abschied vom Informationsmodell und Hinweis	228
3.	Moderne Einverständnisgestaltung im Massenvertrag	229
a)	Verknüpfung von Hinweisobliegenheit und Zustimmungskonstruktion de lege lata	229
b)	Bindung in Unkenntnis	229
aa)	Siegels Risikoerklärung als Zugochse des Massenvertrags	229
bb)	Auch Einverständnis erfordert keine Kenntnisnahmemöglichkeit im Moment des Vertragsschlusses	230
cc)	Einverständnis bedarf keines Hinweises	231
c)	Zustimmung im modernen Massenvertrag – opt in oder opt out ...	232
aa)	Grundlagen von opt in und opt out	232
bb)	Opt out im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen und die Verwendung von Checkboxes	233
cc)	Opt in durch die Datenschutzgrundverordnung	234
dd)	Bezüge zur unsichtbaren Einbeziehung	235
(1)	Trennung von allgemeinen Geschäftsbedingungen und datenschutzrechtlicher Einwilligung	235
(2)	Abschied vom Informationsmodell im Datenschutzrecht ..	236
IV.	<i>Kritik erleichterter Einbeziehungsmöglichkeiten</i>	236
1.	Die Diskussion zur Branchenüblichkeit als Ausgangspunkt	236
a)	Historische Einordnung	237
b)	Historische Kritik an der Auflösung der Einbeziehungsvoraussetzungen	239
aa)	Unvereinbarkeit mit der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre ...	239
bb)	Privilegierung bestimmter Unternehmensbereich	241
cc)	Rechtsunsicherheit	242

c) Zusammenfassung	242
2. Unsichtbare Einbeziehung zwischen Normen- und Vertragstheorie ..	243
a) Grundlagen	244
b) Absage an die Normentheorie – Festhalten an den Anwendungsfällen	245
aa) Die Absage des AGBG	245
bb) Normentheorie und Branchenüblichkeit	246
cc) Branchenüblichkeit war bereits vor dem AGBG vertragsrechtlich eingekleidet	246
c) Normentheorie als rechtliche Konsequenz soziologischer Befunde	247
aa) Rechtstatsächliche Betrachtung offenbart Parallelen allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Rechtsnormen	247
bb) Normative Kraft des Faktischen	249
d) Normentheorie und ihre Implementierung im geltenden Recht	249
aa) Inhaltskontrolle und objektive Auslegung	250
bb) Gerechtigkeitsbezug	250
cc) Gleichheitsbindung	251
e) Einordnung der unsichtbaren Einbeziehung in den Rahmen von Normentheorie und Vertrag	251
<i>V. Ergebnis: Unsichtbare Einbeziehung</i>	<i>253</i>
Kapitel 5: Das <i>Wie</i> der Informationsbereitstellung – Transparenzgebot und Verbot überraschender Klauseln	255
<i>I. „Zauberformel“ Transparenzgebot und seine Ausformungen</i>	<i>255</i>
1. Informationsasymmetrie und Transparenzgebot	257
2. Das Transparenzgebot als eigenständiger Kontrollmaßstab	257
a) Verhältnis von formeller Transparenzkontrolle und materieller Angemessenheitskontrolle	257
b) Ex ante Intransparenz und ihr materieller Unangemessenheitskern	259
c) Ex post Intransparenz und ihr materieller Unangemessenheitskern	262
d) Konsequenzen für die Inhaltskontrolle	265
<i>II. Contra proferentem Regel als Gewährleistung der Bestimmbarkeit ..</i>	<i>265</i>
<i>III. Verbot überraschender Klauseln</i>	<i>268</i>
1. Grundlagen des § 305 Abs. 1 BGB	268
2. Überraschende Klauseln, Transparenzgebot und Informationsmodell ..	269
3. Überraschungskontrolle vs. Angemessenheitskontrolle	271
4. Überraschung bei Klauselkenntnis und ihre Bedeutung für die Grenzen der Inhaltskontrolle	273
<i>IV. Ergebnis</i>	<i>274</i>

Kapitel 6: Inverses Informationsmodell – Verständige Kenntnis als Grenze der Inhaltskontrolle	277
<i>I. Abschied vom Verhandlungsbegriff hin zum kenntnisorientierten Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen</i>	<i>277</i>
1. Sorgenkind der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	278
2. Verständige Kenntnisnahme als Grenzkriterium für die einheitliche Inhaltskontrolle	280
a) Unkenntnis oder Unverständnis als hinreichende Bedingungen für ein Marktversagen	280
b) Kenntnis und Verständnis als Ausschluss der Inhaltskontrolle	281
3. Das Modell verständiger Kenntnisnahme im Verbraucherverkehr	283
4. Für die Verwendung der verständigen Kenntnis als Grenzkriterium der Inhaltskontrolle	285
<i>II. Gesetzesreform: Wertgrenzen der Literatur</i>	<i>286</i>
1. Wertgrenzen der Literatur	286
2. Verhandlungen und effiziente Klauseln	287
3. Vertragsvolumen als Kernparameter der Grenzwerte	287
4. Fehlender Zusammenhang zwischen Vertragswert und Vertragsvolumen	288
5. Fehlender Zusammenhang zwischen Kooperationsgewinn und Transaktionsvolumen aus Käuferperspektive	290
6. Geschäftsvolumen als notwendige, nicht hinreichende Bedingung für effizientes Aushandeln	290
7. Geschäftsvolumen und sein Bezug zur Nutzenkalkulation	291
8. Wertgrenze – „auf links“ implementiert	291
9. Zusammenfassung	294
<i>III. Ergebnis</i>	<i>294</i>
 Kapitel 7: Alternativlosigkeit des Abschieds vom Informationsmodell	 297
<i>I. Konsequenzen des Abschieds vom Informationsmodell</i>	<i>297</i>
1. Tatsächliche Ausrichtung der Schutzrichtung am Schutzzweck	297
2. Informationsentschlackung im Alltag – Beschleunigung des Geschäftslebens	298
3. Kostenreduktion	299
4. Erhöhte Flexibilität	300
5. Auflösung psychologischer Zwangslage und die Vorteile für das Institut des Vertrags	301

a) Psychologische und kulturelle Einbettung des Vertrags als Versprechen	302
b) Defizitäre Verträge und ihre Schuldzuweisungen	303
c) Fairness zwischen Policy und Vertrag	303
d) Wilkinson-Ryan und die schadhafte Implikationen unnützer Informationen	304
6. Hingabe der Information zum sinnvolleren Zeitpunkt	306
7. Altersdiskriminierung und unsichtbare Einbeziehung	306
<i>II. Rettung des Informationsmodells durch bessere Informationspflichten</i>	<i>308</i>
1. Zwingende spezifische Zustimmung – Specific Assent	308
2. Personalisierte Aufklärungspflichten	309
3. Vereinfachung und Standardisierung	310
4. Smart Disclosure im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen	312
5. Ergebnis	313
<i>III. Ausblick: Abschied vom Informationsmodell und sonstige Informationspflichten</i>	<i>314</i>
1. Informationspflichten bei besonderen Vertriebsformen	314
2. Informationspflichten bei besonderen Vertragstypen	315
3. Fazit	316
 Zusammenfassung und Thesen	 317
 Literaturverzeichnis	 321
Sachregister	357

Kapitel 1

Einleitung

Nur ganz eigenartige Verhältnisse können es mit sich bringen, daß jemand, ohne eine Vorstellung über den Inhalt der Urkunde zu haben, einfach unterschreibt; verkehrswidrig ist das Gegenteil.

Julius Siegel, Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde,
Archiv für die civilistische Praxis
111. Bd., H. 1/2 (1914), S. 1, 92.

Schon sprachlich ist der Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Ungetüm.¹ Seine Dimensionen sind so immens, dass die meisten Autoren es nicht übers Herz bringen, den Begriff mehr als einmal ausgeschrieben zu verwenden.² Danach folgt stets die weitbekannte Abkürzung: *AGB*. Dem Anschein nach ist das Problem damit in einer griffigen Formulierung aufgelöst. Auch diese Arbeit wäre durch diese Abkürzung um zehn ganze Seiten und fast 30.000 Zeichen kürzer. Doch im Interesse sprachlicher Präzision ist der Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen sicherlich vorzugswürdig. Fast schon onomatopoeisch verkörpert dieser holperige Begriff das ihm innewohnende Ungeheuer in Dokumentenform. Doch wenn man nicht bereit ist, auch nur den Namen der Bestie hinzunehmen, woher kommt dann die Genügsamkeit bezüglich der Bestie selbst? Weshalb wird das Wortungetüm der allgemeinen Geschäftsbedingungen gescheut, ein von seitenlangen Klauselwerken gezeichneter Alltag jedoch akzeptiert? Die Antwort ergibt sich aus der vertraglichen Tradition des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, das trotz normtheoretischer Vorstöße auf vertraglichen Grundfesten steht. Doch bedingen die Grundfesten auch den Käfig, den man auf sie gebaut hat, der in seiner aktuellen Architektur nur bedingt dazu geeignet ist, den allgemeinen Geschäftsbedingungen auf artgerechte Weise Einhalt zu gebieten. Ziel dieser Arbeit ist es daher, das Ungeheuer einzuzäunen und Licht auf die „Geisterbeschwörung“ zu werfen.³ Die Informati-

¹ Eine Kritik am Begriff, der sich nach Verwendung bei *Raiser*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1935, einbürgerte, obgleich er zuvor schon in Verwendung war, ist nicht intendiert. Zur Begriffsentwicklung *Hofer*, in: HKK-BGB, §§ 305–310 (I) Rz. 4. Dass es sich bei strenger Betrachtung nicht um Bedingungen, sondern um Vereinbarungen handelt, ist unerheblich; dazu *Gerhard*, JW 1929, 2035, 2036.

² Etwa *Raiser*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1935, S. 19; *Schmidt-Salzer*, AGB, 1977, S. 1.

³ So *Kötz*, DJT Gutachten, 1974, S. A7, A36, über die Privatautonomie: „Immerhin wird

on des Empfängers, die Stützpfeiler des bestehenden Schutzkonzeptes ist, kann die Bestie allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht bändigen. Die vorliegende Arbeit entwickelt neue Vorschläge zum Umgang mit allgemeinen Geschäftsbedingungen im digitalen Zeitalter und somit einen Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen.

I. Vom Wesen der allgemeinen Geschäftsbedingungen

Für gewöhnlich beginnt eine Untersuchung mit einer Beschreibung des Untersuchungsgegenstandes, obwohl dieser dem geneigten Leser bereits bekannt sein wird. An dieser Stelle reicht es, die Literatur wiederzugeben, die mannigfaltige, teils widersprüchliche Formulierungen für den Charakter der allgemeinen Geschäftsbedingungen gefunden hat.

Jedem wird geläufig sein, dass allgemeine Geschäftsbedingungen „alltäglich“,⁴ „unvermeidbar“,⁵ „selbstverständlich“⁶ und „eine Massenerscheinung“ sind.⁷ Allgemeine Geschäftsbedingungen spielen „im heutigen Wirtschaftsleben eine wichtige Rolle“⁸, sind „zu einem festen Bestandteil unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung geworden“⁹ und aus dem Wirtschaftsleben gar „nicht mehr fortzudenken“¹⁰. Ihnen kommt „für die rechtliche Formung von Verträgen im Ablauf des modernen Wirtschaftsgeschehens überragende Bedeutung zu“¹¹. Sie sind „weithin [...] maßgebend“¹² und ihre Verwendung kann „nicht mehr hinweggedacht werden“¹³. Dies geht so weit, dass eine moderne Verbrauchereconomy ohne sie „schwer vorstellbar“ ist,¹⁴ kann man sich doch ohne sie „heute kein modernes Wirtschaftsleben mehr vorstellen“¹⁵.

man die Frage stellen dürfen, ob es wirklich noch glaubwürdig ist und nicht vielleicht eher wie Geisterbeschwörung klingt, wenn im Schrifttum die Privatautonomie vielfach noch als Grundpfeiler des geltenden Vertragsrechts bezeichnet und ihrer Funktionsschwächen als punktuelle Ausnahmen von einem allgemeinen Prinzip betrachtet werden“.

⁴ *Miethaner*, AGB vs. Individualvereinbarung, 2010, S. 22.

⁵ *Miethaner*, AGB vs. Individualvereinbarung, 2010, S. 22.

⁶ *Haupt*, AGB der deutschen Banken, 1937, S. 1; dort jedoch nur in Bezug auf Banken.

⁷ *Raiser*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1935, S. 78.

⁸ *Brox/Walker*, BGB AT, 2019, § 10 Rz. 1.

⁹ *Löwe*, FS Larenz, 1973, S. 373.

¹⁰ *Basedow*, in: MüKo-BGB, Vorbemerkungen zu § 305 Rz. 1; so auch *Axer*, AGB im Unternehmerverkehr, 2012, S. 1.

¹¹ BT-Drucks. 7/3919, S. 1.

¹² *Flume*, Rechtsgeschäft, 1992, S. 16.

¹³ *Haupt*, AGB der deutschen Banken, 1937, S. 54.

¹⁴ *Posner*, *Economic Analysis*, 2014, S. 124, „It is difficult to imagine a modern consumer economy without form contracts“.

¹⁵ *Gottschalk*, AcP 206 (2006), 555, 559.

Allgemeine Geschäftsbedingungen finden „jedes Jahr auf unzählbare Milliarden von Transaktionen Anwendung“¹⁶, sie „beherrschen das privatvertragliche Wirtschaftsgeschehen weithin“¹⁷ und werden das Geschäftsleben „vermutlich weiterhin dominieren“¹⁸. Sie sind „selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft“¹⁹, und ihre Verwendung ist „der Motor des Massenmarktes“²⁰, auch wenn sie zeitgleich zum „internationalen Problem“²¹ geworden sind. Trotzdem sind sie „dem Juristen suspekt“²², was die Laien nicht spiegeln, denn „die meisten Menschen können sich nur schwer daran erinnern, wann sie das letzte Mal einen Vertrag ohne die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen abgeschlossen haben und haben es wahrscheinlich noch nie getan“²³. Sie „durchdringen das Leben des Individuums mehr und mehr“²⁴.

Ihre „Allgegenwärtigkeit kann nicht überschätzt werden“²⁵, gibt es doch „kaum noch Bereiche des Wirtschaftslebens, in denen nicht das dispositive Gesetzesrecht des BGB durch die Regelungen von AGB verdrängt wird“²⁶. Verbrauchergeschäfte werden „heute fast ausschließlich“ unter ihrer Verwendung getätigt,²⁷ sie stellen 99 Prozent aller Papierverträge dar.²⁸ Auch zwischen Unternehmen ist ihre Verwendung „unerlässlich“²⁹, sind sie doch „typisches Element“ von Handelsbeziehungen,³⁰ schließlich sei „allgemein bekannt“, dass größere Unternehmen sie Verträgen zugrunde zu legen pflegen.³¹

¹⁶ *Bakos/Marotta-Wurgler/Trossen*, J. L. Stud. 43 (2014), 1, 2, „They apply to untold billions of commercial transactions per year“.

¹⁷ BT-Drucks. 3919/7 S. 9.

¹⁸ *Becher/Zarsky*, Mich. Tel. & Tech. L. Rev. 14 (2008), 303, 305 „will presumably continue to dominate“.

¹⁹ *Großman-Doerth*, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft, 1933; siehe auch *Fastrich*, Inhaltskontrolle, 1992, S. 30; *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 119 spricht von einer „sprichwörtlich gewordenen Formulierung“.

²⁰ *Marotta-Wurgler/Taylor*, N. Y. U. L. Rev. 88 (2013), 240, 241, „Standard Form contracting is the engine of the mass market economy“.

²¹ *Von Hippel*, *RabelsZ* 36 (1969), 564.

²² *Fornasier*, Markt und Vertragsrecht, 2013, S. 145.

²³ *Slawson*, Harv. L. Rev. 84 (1971), 529 ausgenommen mündliche Vereinbarungen; „Most persons have difficulty remembering the last time they contracted other than by standard form; except for oral agreements, they probably never have“.

²⁴ *Kastner*, Drex. L. Rev. 7 (2014), 67, 125, „standard forms permeate more and more areas of individuals' lives“.

²⁵ *Becher*, La. L. Rev. 68 (2007), 117, 118, „The Ubiquity of consumer SFCs cannot be exaggerated“.

²⁶ *Rehbinder*, Kaufrecht in AGB, 1970, S. 13.

²⁷ *Kötz*, DJT Gutachten, 1974, S. A7, A36.

²⁸ *Slawson*, Harv. L. Rev. 84 (1971), 529; *Hillman/Rachlinski*, N. Y. U. L. Rev. 77 (2002), 429, 431; *Burke*, Seton Hall Legis. J. 24 (1999), 285, 290; *Ching*, Marq. L. Rev. 99 (2016), 631, 644; *Marotta-Wurgler*, J. Empir. L. Stud. 4 (2007), 677, 678.

²⁹ *Kessel/Jüttner*, BB 2008, 1350, 1350.

³⁰ *Patterson*, Will. & Mary L. Rev. 52 (2010), 327, 331, „a common feature of commercial relationships“.

³¹ *Hamelbeck*, AGB, 1930, S. 33.

Sie treiben „fast alle Kaufverträge im Geschäfts- und Verbraucherbereich“³² an, ohnehin stellen sie den „Großteil der alltäglichen Verträge“ dar,³³ sie werden von „den meisten großen Unternehmen“³⁴ „typischerweise“³⁵ in „den meisten schriftlichen Verträgen“ verwendet.³⁶ Es „spielt sich nahezu der gesamte Rechtsverkehr im B2B-Bereich (wie auch im Bereich business to consumer, B2C) praktisch unvermeidbar in Verträgen ab, die nach der Rechtsprechung zu großen Teilen aus AGB bestehen“³⁷. „Beinahe jede Vertragsbestimmung unterfällt nach der heute herrschenden Meinung den konstitutiven Tatbestandsmerkmalen des AGB-Begriffs.“³⁸

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind aber nicht nur häufig, sie haben auch einen „besondere[n] Charakter“³⁹ und ihnen kam schon vor 80 Jahren eine „hervorragende rechtssoziologische Bedeutung“ zu⁴⁰ – wenig verwunderlich, sind sie doch „Wegbereiter der Vereinheitlichung der Rechtsordnungen“⁴¹ und stellen einen „Spiegel der Rechtswirklichkeit dar“⁴². Sie „bedrohen [...] nach wie vor den Gerechtigkeitsgehalt unserer Privatrechtsordnung in ihrem Kern“⁴³, denn obwohl ihre Verwendung „ein allgemeines, seit über 100 Jahren zunehmend in allen europäischen Industriestaaten zu beobachtendes Phänomen des Massenverkehrs“⁴⁴ ist, sind sie als „die Antithese zum klassischen Vertragsdenken“⁴⁵ zu bezeichnen. Ihr „Problem beunruhigt das Vertragsrecht aller modernen Industriestaaten“⁴⁶ und sie haben „dazu geführt, die ohnehin schon kapitalistenfreundliche BGB-Regelungen durch ein Diktat der Großbetriebe und Großverbände zu ersetzen“⁴⁷.

Kein Wunder also, dass man zu dem Befund kommt: „Die Bedeutung des AGB-Rechts für das deutsche Zivilrecht ist kaum zu überschätzen“⁴⁸, gibt es doch „kaum ein Thema, in dem Probleme der Rechtsphilosophie, des Bürger-

³² *Korobkin*, U. Chi. L. Rev. 70 (2003), 1203, 1203, „nearly all commercial and consumer sales contracts are form driven“.

³³ *Zamir/Farkash*, Jrslm. Rev. L. Stud. 12 (2015), 137; ähnlich *Becher*, La. L. Rev. 68 (2007), 117, 118.

³⁴ *Brox/Walker*, BGB AT, 2019, § 10 Rz. 1.

³⁵ BGH, BB 2014, 785, 786.

³⁶ *Cooter/Ulen*, Law & Economics, 2012, S. 364, „Most written contracts use standard forms.“

³⁷ *Maier-Reimer*, NJW 2017, 1.

³⁸ *Miethaner*, NJW 2010, 3121.

³⁹ *Klocke*, JA 2015, 227, 227.

⁴⁰ *Raiser*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1935, S. 59.

⁴¹ *Lukes*, JuS 1961, 301, 302.

⁴² *Hofer*, in: HKK-BGB, §§ 305–310 (I) Rz. 3.

⁴³ *Emmerich*, JuS 1972, 361, 368.

⁴⁴ *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, Einleitung Rz. 105.

⁴⁵ *Rehberg*, Rechtfertigungsprinzip, 2014, S. 803.

⁴⁶ *Raiser*, JZ 1958, 1, 7.

⁴⁷ *Rasehorn*, Krit. J. 1971, 428, 429.

⁴⁸ *Mäsch*, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 305 ff. Rz. 47.

lichen Rechts und des Handelsrechts enger verknüpft sind⁴⁹. Die Faszination besteht nicht nur in Deutschland. In den Vereinigten Staaten haben „wenige Themen in den vergangenen Jahrzehnten so viel Aufmerksamkeit erregt wie allgemeine Geschäftsbedingungen“⁵⁰.

Aus den Formulierungen ist die Natur des papierförmigen Ungeheuers allgemeiner Geschäftsbedingungen erkennbar. Es zieht den Karren der Gesamtwirtschaft, jedoch hängt es ganz von der politischen Einordnung ab, ob allgemeine Geschäftsbedingungen ein genügsamer Zugochse oder ein unbändiger Stier sind.

II. Funktionen allgemeiner Geschäftsbedingungen

1. Grundlagen: Die Effizienz des vertraglichen Austauschs

Wie kommt es zu dieser Dominanz des Formularvertrags in allen modernen Rechtsordnungen? Allgemeine Geschäftsbedingungen sind so prävalent, weil sie eine reale Problemlage überwinden. Verträge werden in der Hoffnung geschlossen, für die hingeebene Leistung in Zukunft die versprochene Leistung zu erhalten.

Vor einem utilitaristischen Hintergrund kommt es zu einem Austausch nur dann, wenn die gegebene Leistung als weniger nützlich angesehen wird als die erhaltene Leistung. Aus der Nutzenperspektive sind Verträge damit kein „Nullsummenspiel“.⁵¹ So geht es darum, einem anderen zu dienen, ohne ihm dabei irgendeinen echten Gefallen zu tun.⁵² Diesen Austausch gewährleistet der Vertrag. Er erlaubt so eine stabile Beziehung zwischen Fremden⁵³ und dient der rechtlichen Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen jenseits hoheitlicher Gewalt.⁵⁴ Die Stabilität entsteht dabei aus dem Eigeninteresse der Parteien.

⁴⁹ *Schreiber*, NJW 1967, 1441.

⁵⁰ *Zamir*, U. Chi. L. Rev. 81 (2014), 2077, „Few topics in recent decades have attracted more attention in contract scholarship than standard-form contracts“.

⁵¹ *Lomfeld*, Gründe, 2015, S. 140 f.

⁵² *Hume*, Human Nature, 1738 1888, S. 267; „Hence I learn to do a service to another, without bearing him any real kindness; because I foresee, that he will return my service, in expectation of another of the same kind, and in order to maintain the same correspondence of good offices with me or with others.“ Dies führt zur klassischen Formulierung bei *Smith*, Wealth of Nations, 1776 1976, S. 27: „It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker, that we expect our dinner, but from their regard to their own interest“; Übersetzung bei *Fleischer*, Informationsasymmetrie, 2001, S. 1: „Nicht vom Wohlwollen, des Metzgers, Bauers oder Bäckers erwarten wir das, was wir zum Essen brauchen, sondern davon, dass sie ihre eigenen Interessen wahrnehmen. Wir wenden uns nicht an ihre Menschen- sondern an ihre Eigenliebe und wir erwähnen nicht die eigenen Bedürfnisse, sondern sprechen von ihrem Vorteil“.

⁵³ *Lomfeld*, Gründe, 2015, S. 1.

⁵⁴ *Raiser*, FS 100 Jahre DJT, 1960, S. 101, 104.

Grundlage für den Vertragsabschluss ist also das Vorliegen einer Win-win-Situation.⁵⁵ Nach Erfüllung sind beide Parteien reicher, nicht ärmer geworden.⁵⁶ Inhalt des Vertrages ist es dann, diesen Kooperationsgewinn aufzuteilen.⁵⁷ Auf gesamtwirtschaftlicher Ebene führt die Wiederholung dieser effizienzsteigernden Güterverteilung zur Wohlstandsoptimierung.⁵⁸ Doch ist die Verhandlung über diese Aufteilung nicht ohne Kosten. Durch die Kosten ausgiebigen Verhandeln würde der erzielte Kooperationsnutzen vollständig aufgezehrt. Allgemeine Geschäftsbedingungen verhindern dies, indem sie die Aushandlungskosten reduzieren. Sie erfüllen also ein konkretes Bedürfnis und erlauben kostengünstigere Vertragsabschlüsse.

Die Realität der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen geht jedoch über diese simple Betrachtung hinaus. Es sind über die Jahre viele – teils widersprüchliche – Funktionen allgemeiner Geschäftsbedingungen herausgearbeitet worden.

2. Rationalisierung, Standardisierung und Gleichformung von Geschäftsabläufen

Die wohl am häufigsten beschriebene und bedeutendste Funktion allgemeiner Geschäftsbedingungen liegt in der Rationalisierung und Standardisierung der bestehenden Vertragsverhältnisse für den Verwender (*Rationalisierungsfunktion*).⁵⁹ Der Verwender schließt alle Verträge gleicher Art zu den gleichen Be-

⁵⁵ So Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 2012, S. 393 die davon sprechen, dass Verträge „bei rationalem Verhalten beider Vertragsparteien den Nutzen beider Parteien erhöhen“; vgl. auch Cooter/Ulen, *Law & Economics*, 2012, S. 283; Cabrillo, FS Schäfer, 2008, S. 253.

⁵⁶ Kötz, *Vertragsrecht*, 2012 Rz. 24; Dieses *pareto* Ideal des Vertrags ist nur dann gesamtgesellschaftlich wünschenswert, wenn die Kosten des Vertrags auch bei den Parteien liegen. So wäre ein Vertrag, der die Parteien zu Lasten Dritter bereichert, zwar für die Parteien effizient, gesamtgesellschaftlich jedoch nicht. Vor diesem Hintergrund kann der Schutz vor sogenannten externen Effekten als Zweck zwingenden Vertragsrechts verstanden werden, vgl. Fornasier, *Markt und Vertragsrecht*, 2013, S. 107; Wagner, *ZEuP* 2007, 180, 199.

⁵⁷ Eidenmüller, *Druckmittel in Vertragsverhandlungen*, in: Zimmermann (Hg.), *Störung der Willensbildung*, 2007, S. 103, 104f.; diese Betrachtung ist gängig bei Verträgen, die den Gütertausch betreffen; sog. *Zweckkontrakte* im Gegensatz zu *Statuskontrakten*. Unterscheidung nach Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1921/1922 1972, S. 401.

⁵⁸ Siehe auch Brandner/Ulmer, *BB* 1991, 701, 704.

⁵⁹ Vgl. Raiser, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, 1935, S. 20; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB-Recht, Einleitung Rz. 4*; Brox/Walker, *BGB AT*, 2019, § 10 Rz. 1; Kötz, *DJT Gutachten*, 1974, S. A7, A25; Fornasier, *Markt und Vertragsrecht*, 2013, S. 145; Rehberg, *Rechtfertigungsprinzip*, 2014, S. 805; Leyens/Schäfer, *AcP* 210 (2010), 771, 779; Kessel/Jüttner, *BB* 2008, 1350, Hofer, in: *HKK-BGB, §§ 305–310 (I) Rz. 1*; Mäsch, in: Staudinger, *Vorbem zu §§ 305 ff. Rz. 4*; Helm, *JuS* 1965, 121, 121; Coester-Waltjen, *JURA* 1999, 104; Grünberger, *JURA* 2009, 249; krit. hingegen Emmerich, *JuS* 1972, 361, 362, der die Rationalisierungsfunktion bei bestehendem dispositiven Rechts ablehnt, siehe auch Löwe, *FS Larenz*, 1973, S. 373; krit. in den Vereinigten Staaten Patterson, *Will. & Mary L. Rev.* 52 (2010), 327, 334.

dingungen. So wird der organisatorische Aufwand verkleinert, da alle geschlossenen Verträge bezüglich der Nebenbestimmungen gleiche Inhalte haben.⁶⁰ Ökonomisch spricht man von einer Reduktion der Transaktionskosten.⁶¹ Allgemeine Geschäftsbedingungen vergrößern so den zwischen den Parteien zu verteilenden Kooperationsgewinn.

Diese Einsparungen ergeben sich vornehmlich im Betrieb des Verwenders. So erlaubt die immer gleiche vertragliche Rechtslage etwa die Standardisierung und Vereinheitlichung des Kundendienstes. Kundendienst und Verkauf müssen im Umgang mit diesen Bedingungen daher in viel kleinerem Umfang geschult werden.⁶² Auch können teure Talente aus Rechtsberatung und Management durch allgemeine Geschäftsbedingungen überhaupt erst flächenwirksam eingesetzt werden.⁶³ Regelmäßige Abläufe in diesem Bereich werden durch die Kongruenz der Vertragsbedingungen überhaupt erst möglich, denn der Massenverkehr erfordert die Gleichartigkeit der Leistung.⁶⁴ Die Massenproduktion und Standardisierung von Vertragsbedingungen spiegeln damit die Massenproduktion und Standardisierung in der Warenproduktion wider.⁶⁵ Diese Standardisierung ist heute auf den gesamten Kundenumgang ausgeweitet.

Zudem wird durch die Harmonisierung der bestehenden Vertragsrisiken für alle Verträge die unternehmerische Kalkulation erleichtert und so das Massengeschäft möglicherweise überhaupt erst ermöglicht.⁶⁶ Diese Effektivierung

⁶⁰ So schon *Llewellyn*, Harv. L. Rev. 4 (1939), 700, 701; *Llewellyn*, Yale L. J. 40 (1930), 704, 731; im modernen Schrifttum *Nordemann*, NJW 2012, 3121; *Zurth*, Nutzungsrechte, 2016, S. 188.

⁶¹ *Cooter/Ulen*, Law & Economics, 2012, S. 365; *Patterson*, Will. & Mary L. Rev. 52 (2010), 327; *Bakos/Marotta-Wurgler/Trossen*, J. L. Stud. 43 (2014), 1, 5; *Ching*, Marq. L. Rev. 99 (2016), 631, 644; *Becher/Unger-Aviram*, DePaul Busi. & Comm. L. J. 8 (2009), 199, 201; *Becher/Zarsky*, Mich. Tel. & Tech. L. Rev. 14 (2008), 303, 308; *Hillman*, Mich. L. Rev. 104 (2006), 837, 842; *Ostas*, Am. Busi. L. J. 36 (1998), 193, 227; vgl. detailliert zu Transaktionskosten *infra*, Kapitel 2 III.1., S. 35.

⁶² *Rakoff*, Harv. L. Rev. 96 (1983), 1173, 1223; ähnlich *Maissen*, Automatische Vertragsverlängerung, 2012, Rz. 1010.

⁶³ *Rakoff*, Harv. L. Rev. 96 (1983), 1173, 1223.

⁶⁴ *Schreiber*, NJW 1967, 1441, 1442.

⁶⁵ Umfassend, *Röder*, Standardization, 2012, S. 9, der von Standardisierung als neuer Kulturtechnologie spricht. Siehe auch *Kötz*, DJT Gutachten, 1974, S. A7, A25; BT-Drucks. 3919/7, S. 9; *Lukes*, JuS 1961, 301; der Gedanke findet sich schon bei *Raiser*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1935, S. 15 ff.; aus den Vereinigten Staaten *Llewellyn*, Harv. L. Rev. 4 (1939), 700, 701; *Llewellyn*, Yale L. J. 40 (1930), 704, 731; *Leff*, U. Pittsb. L. Rev. 31 (1970), 349, 350; *Slawson*, Harv. L. Rev. 84 (1971), 529, 530; *Burke*, Seton Hall Legis. J. 24 (1999), 285, 288; *Ching*, Marq. L. Rev. 99 (2016), 631, 644.

⁶⁶ *Kötz*, DJT Gutachten, 1974, S. A7, A25, der dabei besonderes Augenmerk auf die Versicherungswirtschaft legt. In dieser sei die gleichartige Risikenbeschreibung „unerlässlich“; *Raiser*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1935, S. 20; *Rehberg*, Rechtfertigungsprinzip, 2014, S. 805; siehe auch BT-Drucks. 3919/7, S. 9; auch *Korobkin*, U. Chi. L. Rev. 70 (2003), 1203, 1240: „Eine Voraussetzung, dass alle Verträge individuell ausgehandelt werden müssen, würde die Transaktionskosten in einer Größenordnung erhöhen, dass viele alltägliche und produktive Transaktionen unwirtschaftlich würden und würde so möglicherweise den Ge-

drückt sich in niedrigeren Kosten für den Verwender aus.⁶⁷ Unter Annahme von Wettbewerb werden diese durch einen niedrigeren Preis auch an den Empfänger weitergegeben. Letztlich kommt die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen so gleichfalls den Empfängern zugute.⁶⁸

3. Drittnutzenfunktionen, Netzwerke und Entlastung des Rechtssystems

Doch neben Rationalisierungs- und Standardisierungseffekten im Betrieb eines einzelnen Verwenders hat die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen auch Effekte auf alle potentiellen, zukünftigen Verwender dieser Bedingungen. Zunächst ist die Formulierung einer Klausel kostengünstiger, wenn es sich um eine vielfach verwendete und damit bekannte Klausel handelt. Dabei ist einerseits die rein mechanische Erstellung der Klausel durch den Rechtsanwender (in der Regel ein Rechtsanwalt oder juristischer Unternehmensmitarbeiter) schneller und damit kostengünstiger.⁶⁹ Hinzu kommt, dass ebenso die Wahrscheinlichkeit geringer ist, dass es im Rahmen dieser Erstellung zu Fehlern oder Irrtümern kommt. Auch daraus folgt eine Kostenminderung für künftige Rechtsanwender.⁷⁰

Ebenso kann durch die Überprüfung einer Vielzahl von Klauselwerken durch die Gerichte ein Kanon vorgefertigter Klauseln entstehen, die der Neuanwender nun für seine Zwecke nutzen kann.⁷¹ Durch die Überprüfung ähnlicher Klauseln kann die Rechtsunsicherheit bei der Verwendung derartiger Klauseln in Zukunft reduziert werden.⁷² Im ökonomischen Sinne wird der bekannte *corpus* an Klauselwerken zu einem sogenannten öffentlichen Gut.⁷³ Bei einem solchen Gut reduziert die Nutzung durch einen Nutzer nicht die Nutzungsmöglichkeiten potentieller anderer Nutzer.⁷⁴ Andererseits lässt sich die Nutzung durch Dritte bei

schäftsverkehr zum Erliegen bringen“ („A requirement that all contracts be individually negotiated would increase transaction costs so substantially that many common and productive transactions would be rendered economically unfeasible, potentially causing commerce to grind to a halt.“).

⁶⁷ Etwa *Korobkin*, U. Chi. L. Rev. 70 (2003), 1203, 1240.

⁶⁸ *Lomfeld*, Gründe, 2015, S. 199.

⁶⁹ *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 159.

⁷⁰ *Cooter/Ulen*, Law & Economics, 2012, S. 166; *Kahan/Klausner*, Va. L. Rev. 83 (1997), 713, 720; *Hillman/Rachlinski*, N. Y. U. L. Rev. 77 (2002), 429, 439; dazu auch *Marotta-Wurgler/Taylor*, N. Y. U. L. Rev. 88 (2013), 240, 244; zu den Vorteilen der allgemeinen Klauselverwendung in einem bestimmten Markt auch *Korobkin*, U. Chi. L. Rev. 70 (2003), 1203, 1240.

⁷¹ *Goetz/Scott*, Cal. L. Rev. 73 (1985), 261, 286 f.

⁷² *Kahan/Klausner*, Va. L. Rev. 83 (1997), 713, 722; *Goetz/Scott*, Cal. L. Rev. 73 (1985), 261, 288; *Patterson*, Will. & Mary L. Rev. 52 (2010), 327, 343; *Boardman*, Mich. L. Rev. 104 (2006), 1105, 1112.

⁷³ *Goetz/Scott*, Cal. L. Rev. 73 (1985), 261, 286; siehe auch *Adams*, Ökonomische Analyse des AGBG, in: Neumann (Hg.), Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, 1983, S. 655, 675.

⁷⁴ *Samuelson*, Rev. Econ. Stat. 36 (1954), 387 Vgl. zum Begriff der öffentlichen Güter

öffentlichen Gütern nicht effektiv ausschließen.⁷⁵ Ebenfalls kann dieses Element als Netzwerkeffekt beschrieben werden. Bei einem Netzwerk steigt der Nutzen jedes einzelnen Nutzers mit der Gesamtanzahl der am Netzwerk teilnehmenden Nutzer.⁷⁶ So ist etwa die Teilnahme am E-Mail-Verkehr nutzlos, wenn es keine anderen E-Mail-Teilnehmer gibt. Mit jeder Person, die ein Nutzer jedoch per E-Mail erreichen kann, steigt der Nutzen an der Teilnahme des Netzwerkes „E-Mail“.⁷⁷ Ein derartiger Netzwerkeffekt kann auch bei der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen auftreten. Je mehr Parteien die gleichen Klauseln verwenden, desto größer werden die oben aufgezählten Effekte.⁷⁸

Durch die massenhafte Verwendung bekommen Verträge, die eigentlich nur *inter partes* gelten, einen Nutzen und Effekt für Dritte. Somit können die soeben erläuterten Effekte als *Drittnutzenfunktion* allgemeiner Geschäftsbedingungen bezeichnet werden. Diese Funktion findet sich ebenfalls im Bereich des dispositiven Vertragsrechts. Auch hier wird durch Rechtsprechung der Inhalt der Regelungen konkretisiert – die Rechtsunsicherheit reduziert.⁷⁹ Die Drittnutzenfunktion zeigt also, dass allgemeine Geschäftsbedingungen teils Aspekte aufweisen, die sonst in die Sphäre der Rechtsnormen fallen.⁸⁰ Dies wird auch dann von Bedeutung sein, wenn gleichlaufende Verträge verwendet werden, um Vertragsnetzwerke mit mehreren Parteien zu kreieren.⁸¹ So entfalten allgemeine Geschäftsbedingungen von modernen Plattformen dadurch, dass sie alle auf der Plattform geschlossenen Verträge inhaltlich bestimmen, eine erhebliche normative Wirkung. Die Plattformen schaffen – mithilfe allgemeiner Geschäftsbedingungen – „eine erhebliche, teils transnationale, private Normativität“.⁸²

Einen anderen Bezug zum dispositiven Vertragsrecht betont *Kötz*.⁸³ Dieser beschreibt ein hypothetisches Szenario, in dem alle Verträge unter Anwendung

Posner, *Economic Analysis*, 2014, S. 402; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 2012, S. 79; 600; *Assmann*, *Transformationsprobleme des Privatrechts*, in: *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hg.), *Ökonomische Analyse*, 1993, S. 17, 42.

⁷⁵ *Olson*, *Collective Action*, 1965 2003, S. 14.

⁷⁶ So bspw. *Baird/Gertner/Picker*, *Game theory and law*, 1998, S. 208 f.; *Lemley/McGowan*, *Cal. L. Rev.* 1998, 479, 483; Grundlegend *Shapiro/Katz*, *Am. Econ. Rev.* 75 (1985), 424; instruktiv *Schwartz/Scott*, *Legal Analysis* 7 (2015), 325, 339; aus der deutschen Literatur etwa *Wagner*, *Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb*, 2017, S. 81 ff.; *Engert*, *AcP* 213 (2013), 321, 324 ff.

⁷⁷ *Posner*, *Economic Analysis*, 2014, S. 389.

⁷⁸ *Kahan/Klausner*, *Va. L. Rev.* 83 (1997), 713, 729; *Ben-Shahar/White*, *Mich. L. Rev.* 104 (2006), 953, 957 diese Effekte werden aus dem Blick des Wettbewerbsrechts auch kritisiert, *Patterson*, *Will. & Mary L. Rev.* 52 (2010), 327, 340.

⁷⁹ *Krit. Rasehorn*, *Krit. J.* 1971, 428.

⁸⁰ Zur Rechtsnatur allgemeiner Geschäftsbedingungen inklusive Normentheorie vgl. *infra*, Kapitel 4 IV. 1.c), S. 242 ff.

⁸¹ *Bernstein*, *Legal Analysis* 7 (2015), 561.

⁸² So *Grünberger*, in der Diskussion zum Referat von Engert auf der Zivilrechtslehrertagung, zu lesen bei *McColgan*, *AcP* 218 (2018), 377, 379.

⁸³ *Kötz*, *DJT Gutachten*, 1974, S. A7, A24.

dispositiven Gesetzesrechts zustande kommen. Dann müssten sämtliche Unklar- und Unsicherheiten durch Nachverhandlungen und Gerichtsprozesse entschieden werden.⁸⁴ Ob die Gerichte eine solche Aufgabe überhaupt bewältigen könnten, bleibt offen. In jedem Fall würden ohne allgemeine Geschäftsbedingungen soziale Kosten entstehen, die höher liegen als die Kosten des aktuellen Systems von freier Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen in Kombination mit Schutz vor Missbrauch.⁸⁵ Da es um eine Entlastung und Effektivierung des Rechtssystems geht, kann dies als *Entlastungsfunktion* bezeichnet werden.

4. Risikoverlagerung

Kernfunktion allgemeiner Geschäftsbedingungen ist daneben die *Risikoverlagerung*.⁸⁶ Zwar ist richtig, dass zukünftige Verwender auf ein öffentliches Gut von allgemeinen Geschäftsbedingungen zurückgreifen können und somit gesamtgesellschaftlicher Nutzen entsteht. Jedoch darf nicht ausgeklammert werden, aufgrund welcher Motivation diese Regelungen geschaffen werden. Rechtstechnisch ist Ziel der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen, die vertragliche Risikoverteilung im Gegensatz zum dispositiven Vertragsrecht zu verändern. Der Verwender hat dabei ein Interesse, diese Risiken auf seinen Vertragspartner zu übertragen.⁸⁷ Aus ökonomischer Perspektive ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Verwender unter bestimmten – wenngleich restriktiven – Annahmen ein Interesse an einer effizienten vertraglichen Risikoverteilung hat.⁸⁸ Die Risikoabwälzung folgt nicht zwingend aus der Rationalisierung und Standardisierung des Vertrags.⁸⁹ Die für jedermann verfügbaren und aus allgemeinen Geschäftsbedingungen bestehenden Parallelrechtswerke sind jedoch, im Gegensatz zum gesetzlichen Vertragsrecht, nicht an einem gerechten Interessenausgleich ausgerichtet.⁹⁰ Ähnlich ist postuliert worden, die

⁸⁴ Kötz, DJT Gutachten, 1974, S. A7, A24; rechtssoziologisch dazu *Rehbinder*, AcP 174 (1974), 302; siehe auch *Hebestreit*, Transparenz, 1995, S. 48.

⁸⁵ Siehe auch *Korobkin*, U. Chi. L. Rev. 70 (2003), 1203, 1240.

⁸⁶ Vgl. BT-Drucks. 3919/7, S. 9; Kötz, DJT Gutachten, 1974, S. A7, A26 ff.; *Hebestreit*, Transparenz, 1995, S. 48; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, Einleitung Rz. 5; *Grünberger*, JURA 2009, 249; *Patterson*, Will. & Mary L. Rev. 52 (2010), 327, 334; *Hillman/Rachlinski*, N. Y. U. L. Rev. 77 (2002), 429, 439; *Schwartz/Wilde*, Va. L. Rev. 69 (1983), 1387, 1390 die von „risk shifting“ sprechen.

⁸⁷ *Mäsch*, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 305 ff. Rz. 4; denkbar ist hingegen, dass ein neutraler Verband oder ähnliches allgemeine Geschäftsbedingungen anfertigt, die tatsächliche eine gerechte Risikoverteilung verfolgen. Diese haben jedoch Ausnahmecharakter; die Gewährleistung der Geschäftsabwicklung, etwa durch umfassende Sicherheiten, schlägt in die gleiche Kerbe, vgl. *Schreiber*, NJW 1967, 1441, 1443.

⁸⁸ Dazu ausführlich *infra*, Kapitel 2 IV., S. 42 ff.

⁸⁹ *Basedow*, in: MüKo-BGB, Vorbemerkungen zu § 305 Rz. 3.

⁹⁰ *Emmerich*, JuS 1972, 361, 362; *Raiser*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1935, S. 21,

Sachregister

- Abschied vom Informationsmodell
 - Alternativen 297
 - Ausgestaltung 193, 255, 277
 - Grundlagen 145
 - Vorteile 297
- Abschlussinformation 150
- Abschlusstransparenz 149, 155, 259
- Abwicklungstransparenz siehe Durchführungstransparenz
- adverse selection* 49
- AGB Falle 122, 294
- AGB Register 214
- Algorithmus 135, 311
- Allgemeine Geschäftsbedingungen
 - Aushandeln 278
 - Beschleunigungsfunktion 12
 - Bestimmbarkeit 199, 207
 - Digitalisierung 134
 - Empirische Untersuchungen siehe dort
 - Entlastungsfunktion 8
 - Funktionen 5
 - Inhalt 92
 - Komplexität 103
 - kreuzende siehe Battle of Forms
 - im Verbraucherverkehr 221
 - Laienverständnis 121
 - Layout 108
 - Netzwerkeffekt 8
 - Popularkultur 132
 - Prävalenz 220
 - Psychologie der Verwendung 301
 - Risikoverlagerung 10
 - Scores 312
 - Sprachliche Gestaltung 106
 - Standardisierung 310
 - Umfang 102
 - Unabänderbarkeit 124
 - Vereinfachung 310
 - Verwaltungskontrolle 215
 - Verwendung unwirksamer 305
 - Wesen 2
 - Wettbewerbsfunktion 11
- Allgemeine Rechtsgeschäftslehre 174, 239
- Allokationseffizienz 58
- Altersdiskriminierung 306
- Anchoring* 81
- Angebotstransparenz siehe Abschlussstransparenz
- Angemessenheitskontrolle 257, 265, 271
- Anreiz zur Kenntnisnahme 282
- Apathie 115
- Aufklärungspflichten 309, 312, 314
- Augmented reality* 135, 137
- Aushang 194, 225

- Battle of forms* 161, 207
- Befragungen 84
- Behavioral economics* siehe Verhaltensökonomik
- Behavioral market failure* 55
- Biases* 117
- Big Data 135, 182, 310
- BMJV Gutachten 98
- Bounded rationality* 29, 38, 51, 58
- Blockchain 216
- Branchenüblichkeit 126, 194, 220, 237, 242, 246

- Cheapest cost avoider* 266
- Checkboxen 233
- Clickstream* 90
- Click-wrap* 301
- Coase Theorem 35
- Cognitive dissonance* siehe kognitive Dissonanz
- Confirmation bias* 113
- Contra proferentem* 256, 265

- Crowding out* 57
- Datenschutzgrundverordnung 234
- Deskriptive Vertragstheorie 168
- Digitalisierung 134, 310
- Dissens 266
- Durchführungstransparenz 149, 262, 306
- Effiziente Vertragsklausel siehe Klausel-effizienz
- Effizienz der Inhaltskontrolle 47, 59
- Effizienzschaden 46, 54
- Einbeziehung 141
- Checkboxes siehe dort
 - durch Veröffentlichung 212
 - nachträgliche 207
 - unsichtbare 205
- Einbeziehungsvoraussetzungen 192
- Rechtshistorische Ziele 199
 - Vereinfachung 200, 213, 237
- Einseitig gestellte Bedingungen 163
- Einverständnis 194, 229
- Empirische Untersuchungen 59, 82, 100
- Entscheidungsfreiheit 177
- Erfahrungsgüter 52
- Erwartungsnutzen 23
- EULA 91, 93, 95
- Ex Ante – Ex Post Betrachtung 94, 149, 204, 209, 257, 306
- Ex Ante Transparenz siehe Abschluss-transparenz
- Ex Post Informationsmodell 151
- Ex Post Transparenz siehe Durch-führungstransparenz
- Expected utility theory* 23
- Geschäftsvolumen 120, 286
- Gleichbehandlung 251
- Grundgerechtigkeit 129
- Handelsbrauch 196, 237, 246
- Heuristik 30, 117, 131
- Heuristik des Nichtlesens 131, 279
- Hinweisobliegenheit 194, 218
- Hinweislose Einbeziehung 197, 218, 226
- Homo oeconomicus* 20
- Hypothese informierter Minderheit 63, 139
- Information overload* 110, 139, 303
- Informationsasymmetrie 48, 54, 59, 101, 277
- Informationsentschlackung 298
- Informationsfunktionen 148
- Informationskosten 51, 102
- Informationsmodell 146
- Abschied 146
 - Dogmatische Grundlagen 171
 - Funktionen siehe Informations-funktionen
 - Inverses 277
 - als Selbstbindungsvoraussetzung siehe Selbstbindung
 - vollständiges 200
 - zur eigenen Rechtsdurchsetzung 263
- Informationspflichten 314
- Informationszeitpunkte 149
- informed minority hypothesis* siehe Hypo-these informierter
- Inhaltskontrolle 146, 172, 257, 265
- Grenzen 280
 - im unternehmerischen Geschäfts-verkehr siehe unternehmerischer Geschäftsverkehr
 - Kodifikation 201
 - Kontrollmaßstab 273
 - Marktpolizeilicher Charakter 260, 281
 - Schutzzweck 17, 155
 - Überraschkontrolle 271
 - und Normentheorie 250
- Intelligente Aufklärungspflichten siehe *Smart disclosure*
- Internet 134, 212, 226, 299, 306
- Kaufmännisches Bestätigungsschreiben 197
- Kenntnisnahmemöglichkeit 194, 205
- bei Branchenüblichkeit 237
 - durch Blockchain 216
 - durch Register 214
 - durch Veröffentlichung 212
 - nur auf Anfrage 205
 - nachträgliche 207
- Klauseleffizienz 42, 93, 287
- und Heterogenität 43
 - und Marktmacht 44

- Klauselwettbewerb 148, 154, 260, 277, 282
 Kleingedrucktes 108
 Kleinstwahrscheinlichkeiten 115
 Kognitive Dissonanz 113
 Komplexität 109
 Kompensationsthese 183
 Konditionenwettbewerb siehe Klauselwettbewerb
 Kontraktgesellschaft 188, 191
 Kundendiskriminierung 69, 140
 Kultur des Vertrags 301
- Legalesisch 106
 Lerneffekt 77, 89
 Leseverhalten 84, 100, 131 ff., 155
- Mann/Siebeneicher*-Untersuchung 95
 Marginalkäufer 65, 71, 277, 283
Market for Lemons 48, 167
 Marktmacht 55, 94
 Marktversagen 18, 54, 64, 277, 281
 Massenvertrag 218, 222, 232
 Materialisierung des Privatrechts 186
 Minimalschutz 153
 Modell verständiger Kenntnisnahme 283
 Monopol siehe Marktmacht
- Nachhaltigkeit siehe Umweltschutz
 Neue Institutionenökonomik 38
 Negativauslese siehe adverse selection
 Normative Kraft des Faktischen 249
 Normentheorie 177, 192, 243
 Nutzendifferenz 51
- Ökonomische Analyse des Rechts
 – Grundlagen 16
 – Methoden 19
 – Kritik 165
 – Verhaltensökonomik 31
 – Vertragsrecht 34
One-Shot Player 119
 Opportunitätskosten 51, 64
 Opt-in/Opt-out 232
- Pareto* Effizienz 19, 40
 Partielles Lesen 155
 Plattformen 299
- Plaut/Bartlett*-Studie 86, 103, 107
 Personalisierung 138, 309
 Personalisierte Aufklärungspflichten 309
 Preisargument 61
 Preisdiskriminierung 69, 140
 Preismechanismus 65, 71, 281
Price takers 65
Prospect theory 28
 Privatautonomie 174, 182
 Privatrechtsmodell 141
- Race to the bottom* 18, 49, 54, 57
 rationale Unkenntnis 82, 101, 163, 167, 170, 279, 301
 Rationalität 23
 Rationalisierungsfunktion 6
 Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit 177
 Rechtssicherheit 199, 204, 242
Repeat player 119
 Reputationseffekt 78, 136
 Richtigkeitsgewähr 159, 179, 282
 Risikoerklärung 229
- Salienz von Klauseln 73
 Schiedsklauseln 308
 Schutzlücken siehe Schutzniveau
 Schutzniveau 128, 165
 Schwächerenschutz siehe strukturelle Unterlegenheit
 Selbstbestimmung 175, 283
 Selbstbindung 172, 229, 304
 Selbstschutzmodell siehe Informationsmodell
Shrinkwrap 94, 208, 300
Signalling 72, 138
 Situative Unterlegenheit 158
 Smart Contracts 217
Smart disclosure 312
 Soziale Medien 137
 Sozialmodell 141, 165, 171, 283
 Soziale Vertragsfunktion 178
Specific assent 308
 Standardisierung 6
 Starrer Fristenplan 211
 Strukturelle Unterlegenheit 156, 284
 Suchgüter 52, 137
Sunk cost effect 113

- Take it or leave it 124, 165, 283, 293
Term takers 65, 133, 138
 Transparenz 151, 199
 Transparenzgebot 107, 141, 255
 Transaktionskosten 35, 53, 287
 Transaktionskosten-Vertragswert-
 Relation 287
 Typisierung der Schwächerenstellung
 160
- Umweltschutz 299
 Unsichtbare Einbeziehung 205
 – Kritik 236
 – Privilegierung bestimmter Unter-
 nehmen 241
 – und Kenntnisnahmemöglichkeit 205
 – und Hinweisobliegenheit 218
 – und Einverständnis 229
 Unterlegenheit des Empfängers siehe
 strukturelle Unterlegenheit
 Unternehmerischer Geschäftsverkehr
 157, 161, 198, 224, 277
 Unterwerfungserklärung 202, 244
 Utilitarismus 181
- Verbot geltungserhaltender Reduktion
 211
 Verbot überraschender Klauseln 141,
 268, 273
 Verbraucherbegriff 162, 280
 Verbraucherschutz 283
 Verfügbarkeitsheuristik 117
 Verhaltensökonomik 19, 26, 53
 Versicherbarkeit 62
 Vertrag als Versprechen 302
 Vertragsfreiheit 157, 171, 174, 187
 Vertragsgerechtigkeit 128, 179, 259
 Vertragsschluss im Internet 226
 Vertragstheorie 169, 174, 301
 Vertragsvolumen 286
 Vertrauensgüter 49, 52, 63, 137
 Verweisungslehre 176
- Werbung 72, 138
 Wertgrenzen für Inhaltskontrolle 286
 Widerrufsbelehrung 264, 268
 Wissenmüssen-Formel 196, 200
- Zitronenmarkt siehe *Market for Lemons*
 Zustimmung zu einzelnen Vertrags-
 klauseln siehe *Specific assent*