

Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, RA

Zwingendes Recht als Innovationstreiber und die Privatisierung des Rechts

Es gilt endgültig Abschied zu nehmen von einer tradierten Vorstellung. Seit Jahrzehnten war sie geprägt von der Erkenntnis, dass die grundrechtlich abgesicherte Privatautonomie, aufgefüllt in ihren Nuancierungen durch die Vertragsgestaltungsfreiheit, die maßgebende Infrastruktur für die vielfältigen innovativen Entwicklungen einer freiheitlich zu nennenden Rechtsordnung gewährleistet. Doch unter dem immer massiver werdenden Einfluss eines europarechtlich strukturierten Verbraucherrechts ist jetzt die Erkenntnis in den Blick zu nehmen, dass inzwischen das hier anzutreffende zwingende Recht der maßgebende Innovationstreiber ist. Soweit aber noch Raum für dispositives Recht – auch und gerade im Bereich moderner Vertragstypen – verblieben ist, beherrscht den unternehmerischen Verkehr eine an der zwingenden Leitbildfunktion des geschriebenen Rechts (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) ausgerichtete und daher der Vertragsgerechtigkeit dienende richterliche Inhaltskontrolle. Dieser Ansatz ist jedoch, wie der nachfolgende Beitrag von Heydn zeigt, nach wie vor umstritten. Doch ist die Judikatur seit fast 50 Jahren stabil. Allerdings bewirken die schon jetzt absehbaren rasanten technischen Innovationen, dass sich die künftige Rechtsentwicklung unter dem immer beherrschender werdenden Einfluss von (autonomer) Künstlicher Intelligenz und von im Verborgenen arbeitenden Algorithmen der staatlichen Rechtssetzung mehr und mehr entzieht. Die unabwendbare Folge ist eine sich ausbreitende Privatisierung des Rechts.

I. Moderne Vertragstypen

Michael Martinek ist das große Verdienst zuzuschreiben, in den 90er Jahren den Versuch unternommen zu haben, das Kaleidoskop moderner Vertragstypen im Rahmen eines geschlossenen Konzepts darzustellen zu haben. Bearbeitet wurden Leasing und Franchising, Factoring und Know-how-Verträge, aber auch Computer- und Kreditkartenverträge, um die wesentlichen Typen dieser Buchreihe zu benennen.¹ Diese Auflistung ist deswegen markant, weil sie eine doppelte Erkenntnis spiegelt. Hinter diesen modernen Vertragstypen verbirgt sich jeweils – abseits des Typenkatalogs des Besonderen Schuldrechts – ein auf AGB-rechtlicher Gestaltung aufsetzender Vertrag.² Seine Entkopplung von den Typenvorgaben des BGB ist also gerade auch hier Ausdruck der unternehmerischen Entscheidung, als Akteur auf dem Markt tätig zu sein.³ In jedem dieser Vertragsbilde wird der Grundsatz der Vertragsfreiheit nachhaltig praktische Realität,⁴ die Schablonen des bisherigen wirtschaftlichen Handelns werden zurückgelassen. Doch der Grundsatz bleibt: „Innovation bedeutet die Entwicklung von Neuem.“⁵

Diese rechtsexterne Fortentwicklung des Rechts wird aber regelmäßig durch die weithin einseitige Vertragsgestaltung geprägt, welche die AGB-Kontrolle nach den §§ 307 ff. BGB zwingend auslöst.⁶ Mindestens ebenso wichtig aber ist der Befund, dass der Gesetzgeber bislang keinen der von Martinek gelisteten Vertragstypen normativ geregelt hat. Dabei

handelt es sich, wie Riehm zutreffend anmerkt,⁷ zunächst einmal um ein durchaus häufig zu beobachtendes Phänomen in der Fortentwicklung des Privatrechts: Die Verträge sind das ausgeklügelte Ergebnis der Vertragsjuristen. Doch damit hat es nicht sein Bewenden.

Es gilt vielmehr, die Ausgangsthese aufgreifend zu zeigen, dass es der Rechtsprechung über die Jahre gelungen ist, mit Hilfe eines engen Korsetts von Präjudizien sicherzustellen, dass die einseitige – und auch als missbräuchlich einzustufende – Vertragsgestaltungsfreiheit der Kautelarjuristen durch die Beachtung der zwingenden Gebote der an die Norm des § 307 BGB gekoppelten Leitbildfunktion des dispositiven Rechts⁸ entscheidend begrenzt wurde. Dieses Vorgehen erzeugte und schafft immer wieder ein hohes Maß an Vertragsgerechtigkeit,⁹ die allerdings nur den Einzelfall im Auge hat. Doch über die Jahre ergibt sich nach und nach ein überschaubares Gesamtbild. Vielfach wird diese Erlungenschaft des deutschen Rechts allerdings auch dahin verstanden, dass in der so vollzogenen richterlichen Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln im unternehmerischen Verkehr vor allem eine auch als paternalistisch und daher als unzulässig bewertete Beschränkung der unternehmerischen Freiheit liegt.¹⁰ Verfassungsrechtlich, aber auch rechtspolitisch, wovon noch die Rede sein wird, hat sich diese Ansicht bislang jedoch nicht durchgesetzt.¹¹ Vielmehr steht die Sicherstellung der Privatautonomie nach Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber dem ansonsten drohenden Diktat der Fremdbestimmung des Vertragspartners auf Grund einseitig gestellter Vertragsbestimmungen im Vordergrund.¹²

1 Martinek, *Moderne Vertragstypen*, Bd. I, 1991; Bd. II, 1992 und Bd. III, 1993; auf diesen Gesichtspunkt weist Vieweg in der FS für Martinek aus guten Gründen hin, *Weltbürgerliches Recht*, München 2020, S. 801.

2 Faber, in: Sassenberg/Faber, *Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of things*, 2. Aufl. 2020, § 10, Rn. 13 ff.

3 Im Einzelnen auch Grundmann/Möslein, *Innovation und Vertragsrecht – Gedanken zur Gesamtarchitektur*, in: dies., *Innovation und Vertragsrecht*, 2020, S. 3, 34 ff.

4 Riehm, in: Grundmann/Möslein, *Innovation und Vertragsrecht*, 2020, S. 137 f.

5 Grundmann/Möslein, *ZfPW* 2015, 435, 439.

6 Hierzu auch Grigoleit/Winkelmann, in: Grundmann/Möslein, *Innovation und Vertragsrecht*, 2020, S. 101, 105.

7 Riehm, in: Grundmann/Möslein, *Innovation und Vertragsrecht*, 2020, S. 137 f.

8 Grundlegend BGH, 4.7.2017 – XI ZR 562/15, BB 2017, 2058, NJW 2017, 2986, Rn. 37 ff. – Bearbeitungsgebühr bei gewerblichen Darlehen: unwirksam; vgl. auch Graf von Westphalen, BB 2017, 2591 ff.

9 Hierzu eingehend Wendland, *Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit*, 2019, S. 438 ff.

10 Hierzu statt vieler Meier-Reimer, NJW 2017, 1; Müller, BB 2013, 1355; Kondring, BB 2013, 73; Berger, NJW 2010, 465; Miethaner, NJW 2010, 3121; Müller/Griebl/Pfeil, BB 2009, 2658; auch Heydn, BB 2021, 1428 f. (in diesem Heft).

11 Ausgangsentscheidung des BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BB 1990, 440, NJW 1990, 1469 – Handelsvertreterentscheidung – zentrale Aussage: „Solche (gesetzliche) Schranken sind unentbehrlich, weil Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, dass auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wo es an einem annähernden Kräfteausgleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern“ (NJW 1990, 1470). Vgl. auch BVerfG, 7.9.2010 – 1 BvR 2160/09, BB 2010, 2313, NJW 2011, 1339, Rn. 34 – Unwirksamkeit einer Preisanpassungsklausel.

12 BVerfG, 7.9.2010 – 1 BvR 2160/09, BB 2010, 2313, NJW 2011, 1339 – Unwirksamkeit einer Preisanpassungsklausel – zentrale Aussage: „Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Ge-

Am Anfang aller innovativer Vertragsmodelle steht daher, wie *Vieweg* trefflich anmerkt, das unvermeidliche „legal gap“. ¹³ Der zeitliche Verzug von mindestens fünf Jahren gilt für alle europarechtlich geprägten Vorhaben, welche im Namen von Verbraucherschutz und Optimierung des Binnenmarktes das Licht des Amtsblatts erblicken. Da der deutsche Gesetzgeber – vor allem im Verbraucherschutz, aber nicht nur – immer öfter auf Erarbeitung und Durchsetzung eigener Regelungskonzepte verzichtet, wird man im Bereich des nationalen Rechts eine Zeitdauer von etwa sieben Jahren in Rechnung stellen müssen, bis erste Klärungen neuer, durch innovative Vertragstypen aufgeworfener Rechtsfragen durch die Rechtsprechung des BGH erreicht sind. Auf Basis der Schuldrechtsmodernisierung des Jahres 2002 ergab sich jedoch ein kaum zu glaubender Befund bei einer Analyse der dadurch ausgelösten neuen Rechtsentwicklungen. Es waren vor allem BGH-Entscheidungen zum harten Kern des Verbraucherschutzes – Hunde, Pferde, Gebrauchtwagen – die das „innovative“ Bild prägten. ¹⁴ Für den Bereich der technischen Normung gilt auch kein kürzerer Zeitpunkt, bis sich der Stand von Wissenschaft und Technik in den zu regelnden Gebieten verfestigt hat. Modernes Stichwort: Künstliche Intelligenz. Hier hat die EU-Kommission soeben ihren ersten Entwurf für eine Verordnung vorgestellt. ¹⁵ Doch, um wiederum *Vieweg* das Wort zu geben: „Geschäftsmodelle bedürfen hingegen ohne zeitlichen Verzug der vertraglichen Begleitung.“ ¹⁶

Beispielhaft soll die innovative Entwicklung des Leasingrechts – das zu feiernde Jubiläum von 75 Jahren des BB ist da der gebotene Anlass – anhand der Rechtsprechung kurz aufgezeigt werden. Denn in dem Verlag des BB erschien bereits im Jahr 1978 das wegweisende, die Geburtsstunde des Leasings weithin beeinflussende Buch von *Runge/Bremser/Zöller*, *Leasing*. ¹⁷ Zusätzlich soll hier aber auch der Typus des Vertragshändlervertrages in seiner auf die Habilitation von *Peter Ulmer* zurückgehenden Entwicklung anhand ausgewählter Präjudizien des BGH beleuchtet werden, ¹⁸ zumal *Martinek*, der Doyen des Vertriebsrechts, kürzlich die Formel geprägt hat: „Vertriebsrecht ist Innovation.“ ¹⁹ Immer geht es dabei auch um die kostenbasierte unternehmerische Entscheidung zwischen Eigenvertrieb und Vertrieb durch Dritte. ²⁰ Der noch zu behandelnde, fast schon dramatisch zu nennende Umschwung der Vertriebskanäle weg vom Vertriebsmittler in seinen verschiedenen Erscheinungsformen auf die Ökosysteme der Plattformökonomie ²¹ belegt das Gemeinte nachdrücklich.

Sowohl Leasing- als auch Vertragshändlervertrag zeichnet eine hohe Komplexität des Regelungsgehalts. Doch die Beschränkung der Vertragsgestaltungsfreiheit des Herstellers vollzog sich beim Vertragshändlervertrag vor allem auch auf der Ebene einer Analogie zum zwingenden Handelsvertreterrecht der §§ 84 ff. HGB. Es galt den Schwächeren auf diese Weise gegenüber dem Hersteller zu schützen. Beim Leasingvertrag beruhte demgegenüber die Begrenzung der Vertragsgestaltungsfreiheit ausschließlich auf der Anwendung der Norm des § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB und einer daran ausgerichteten Inhaltskontrolle der Leasing-AGB anhand der §§ 535 ff. BGB.

II. Einfluss zwingenden Rechts als Ausweis der Vertragsgerechtigkeit

1. Gemeinsamkeiten – Mehrpflichtenprogramm

a) Vertragshändler

Sowohl der Leasing- als auch der Vertragshändlervertrag sind durch eine hohe Komplexität ihres vertragsrechtlich zu bewältigenden Rege-

lungsprogramms charakterisiert. ²² Das erweist sich rein vordergründig bereits darin, dass sie sich nicht in einem Zwei-Personen-Vertragsverhältnis erschöpfen. Vertragshändler sind klassische Intermediäre, ²³ welche zwar gewisse Ähnlichkeiten mit dem Typenbild des Handelsvertreters nach den §§ 84 ff. HGB aufweisen. Doch am Beginn der „Kette“ steht der Hersteller, an ihrem Ende der Endverbraucher als Käufer (§ 13 BGB) des vom Hersteller in den Verkehr gebrachten Produkts. Der Vertragshändler verkauft die betreffenden Produkte im eigenen Namen und auch für eigene Rechnung. Dem privaten Käufer aber kommt uneingeschränkt die Richtlinie über missbräuchliche, weil zwingend zu beachtende Klauselverbote in Verbraucherverträgen – Richtlinie 93/13/EWG – zugute, ²⁴ die ja weitestgehend in den Normen der §§ 307–390, § 310 Abs. 3 BGB inkorporiert ist. ²⁵ Es gilt daher bereits bei Abfassung des Vertragshändlervertrages – auch dies ist ein Gebot der Vertragsgerechtigkeit – in dieser Absatzkette eine rechtliche Balance zwischen den Interessen des Herstellers, des Vertragshändlers und denen der Verbraucher zu finden. Rechtspolitisch gewertet geht es nicht an, dass der Vertragshändler die Lasten des weithin zwingenden Verbraucherrechts alleine trägt, ohne – soweit rechtspolitisch im Sinn einer gerechten Lastenverteilung erwünscht – Regress zu nehmen, so der Fehler/Mangel beim Hersteller liegt und von ihm zu vertreten ist. Der Gesetzgeber hat diesen Tatbestand – neben der durchgängigen Berücksichtigung der §§ 307, 310 BGB – über die Normen der §§ 474 ff. BGB, 445a und 445b BGB im Rahmen des zwingenden Lieferregresses erreicht. ²⁶ Das hier anwendbare zwingende Recht reicht weit.

b) Leasingvertrag

Die auffallende Besonderheit dieses steuerrechtlich getriebenen Vertragstyps ²⁷ ist das Drei-Personen-Verhältnis zwischen Leasinggeber, Lieferant des Leasingguts und Leasingnehmer. Dabei ist es essentiell, dass der Leasinggeber als rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO für die gesamte Dauer des Leasingvertrages qualifiziert werden kann. In aller Regel stehen die beiden Mobilien-Leasing-Erlasse der Finanzverwaltung ²⁸ bei der Vertragsgestaltung Pate. Die Vertrags-

schäftsbedingungen zeichnet sich gerade dadurch aus, dass sie der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der jeweils grundrechtlich geschützten Privatautonomie des Verwenders wie der anderen Vertragspartei dient“ – Rn. 35.

¹³ *Vieweg*, in: FS für *Martinek*, 2021, S. 801, 802.

¹⁴ Hierzu *Dauner-Lieb*, AnwBl. 2006, 430 ff.

¹⁵ Vgl. Proposal for a Regulation laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) vom 21.4.2021 – COM (2021) 206 final; s. dazu *Behr*, BB 20/2021, „Die Erste Seite“.

¹⁶ *Vieweg*, in: FS *Martinek*, 2021, S. 801, 802.

¹⁷ Grundlegende Konzeptionen in *Runge/Bremser/Zöller*, *Leasing*, 1978.

¹⁸ *Ulmer*, *Der Vertragshändler*, 1969.

¹⁹ *Martinek*, in: *Grundmann/Möslein*, *Innovation und Vertragsrecht*, 2020, S. 247, 267.

²⁰ *Grundmann/Möslein*, ZfPW 2015, 435, 450.

²¹ *Busch*, GRUR 2019, 788; *Naumann/Rodenhausen*, ZEuP 2020, 768; *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1.

²² Vgl. auch *Giesler*, in: *Giesler*, *Praxis des Vertriebsrechts*, 3. Aufl. 2018, § 4, Rn. 108.

²³ Hierzu grundlegend *Ulmer*, *Der Vertragshändler*, 1969.

²⁴ ABl. L 95, 29 ff.

²⁵ Das gilt wegen der jüngst ergangenen gegenläufigen Rechtsprechung des EuGH freilich nicht für die Normen des § 306 Abs. 2 und 3 BGB; hierzu im Einzelnen *Wendehorst/Graf von Westphalen*, EuZW 2021, 229 ff.; *Gsell*, JZ 2019, 751 ff.; *Fervers/Gsell*, NJW 2019, 2059 ff.; abweichend für eine weiterhin zulässige ergänzende Vertragsauslegung nach § 306 Abs. 2 BGB *Herresthal*, NJW 2021, 589 ff.

²⁶ Hierzu auch *Graf von Westphalen*, BB 2015, 2883 ff.

²⁷ *Flume*, DB 1972, 1 ff. – grundlegend.

²⁸ Vollamortisations-Erlass vom 19.4.1971, BB 1971, 506; Teilamortisations-Erlass vom 22.12.1975, BB 1976, 72.

pflichten der Parteien oszillieren zwischen dem Kaufvertrag, den der Leasinggeber mit seinem Lieferanten des Lessingguts abschließt, das der Leasingnehmer in aller Regel zuvor ausgesucht hat, und dem mietvertraglich ausgestalteten Leasingvertrag, der dann zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer kontrahiert wird. Das Pflichtenprogramm des Leasinggebers ist daher – betriebswirtschaftlich bewertet – zwischen einer dem Leasingnehmer zugutekommenden Kreditierungsfunktion und einer Sachverschaffungspflicht angesiedelt. Diese wiederum schließt die vorbehaltlose Abtretung der dem Leasinggeber gegenüber dem Lieferanten zustehenden kaufrechtlichen Mängelansprüche ein.²⁹ Im Gegenzug dispensiert dieser sich in den Leasing-AGB von der Eigenhaftung gegenüber dem Leasingnehmer, soweit diese in der Mangelhaftigkeit des Leasingguts seine Wurzel hat.³⁰

2. Vertragshändlervertrag – Analogie zu den §§ 84ff. HGB

a) Ausgangspunkt

Genauso wie ein Handelsvertreter (§§ 84ff. HGB) hat der Vertragshändler beim Vertrieb der ihm anvertrauten Produkte eine Interessenwahrungspflicht gegenüber dem Hersteller wahrzunehmen,³¹ weil er in die Vertriebs- und Absatzorganisation als „verlängerter Arm“ des Herstellers eingegliedert ist. Er allein ist für den erfolgreichen Absatz der ihm zugeliferten Produkte verantwortlich. Diese Einordnung führt dazu, dass der Typus des Vertragshändlervertrages als Dienstvertrag mit geschäftsbesorgungsrechtlichen Elementen (§§ 675, 611ff. BGB) eingeordnet wird.³² Das hat nach der Rechtsprechung in ausgewählten Fällen eine analoge Anwendung der §§ 84ff. HGB zur Folge, was sich praktisch vor allem beim Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB und seiner Berechnung³³ niederschlägt.³⁴ Im Hintergrund steht dabei – unausgesprochen – der jetzt anzuspreekende Befund, dass eine solche Analogie wesentlich rechtssichere Befunde nach sich zieht als ein Rückgriff auf die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts der Geschäftsbesorgung nach den §§ 675, 611ff. BGB, die insoweit recht konturenunscharf und einzelfallbezogen ist.

b) Analogie zur zwingenden Norm des § 89b HGB

Wenn die zwischen dem Hersteller und dem Vertragshändler bestehende vertragliche Beziehung über die reine Verkäufer-Käufer-Beziehung hinausgeht, dann stellt sich nach der Judikatur die Frage, ob denn der Vertragshändler auf Grund des Vertrages so sehr in die Absatzorganisation des Herstellers eingegliedert ist, dass er – wirtschaftlich betrachtet – im Wesentlichen solche Aufgaben zu erfüllen hat, wie sie für einen Handelsvertreter im Rahmen von § 89b HGB typisch sind.³⁵ Diese Voraussetzung ist in der Praxis sehr oft erfüllt. Die zweite Voraussetzung für eine analoge Anwendung der Regel von § 89b HGB besagt: Der Vertragshändler muss vertraglich verpflichtet sein, die von ihm erworbenen Kundendaten dem Hersteller zu überlassen, so dass dieser ohne weiteres in der Lage ist, den so geschaffenen Kundenstamm nach Beendigung des Vertrages zu nutzen.³⁶ Allerdings haben es die Vertragsparteien in der Hand, diese Bedingung für das Entstehen eines Ausgleichsanspruchs vertraglich auszuschließen, indem sie etwa vorsehen, dass der Hersteller die Kundendaten nicht erhält oder dass diese bei Ende des Vertrages gesperrt werden.³⁷

Im Rahmen einer solchen Analogie zu § 89b HGB berechnet sich dann die Höhe des Ausgleichsanspruchs, indem – analogiebedingt – die Rabattspanne des Vertragshändlers von allen Teilvergütungen bereinigt wird, die diesem für die Erfüllung handelsvertreteruntypischer Pflichten (Lagerhaltung, Servicearbeiten, Inkasso)³⁸ als Entgelt zufließen. Entscheidend ist insoweit, dass dem Handelsvertreter ja nur eine Provision für die Vermittlung von Verträgen mit Neukunden zusteht, was dann auch – ohne die Details hier aufzuführen³⁹ – für die analoge Berechnung des Ausgleichsanspruchs eines Vertragshändlers gilt. Er wird in seiner Stellung auf die Vergütungsebene eines Handelsvertreters herabgestuft.

c) Untypische Pflichten für Handelsvertreter – typisches Pflichtenprogramm des Vertragshändlers

Gleichwohl obliegen dem Vertragshändler auch handelsvertreteruntypische Pflichten. So trifft ihn – in der Regel durch die Vereinbarung von Mindestabnahmen – eine im Verhältnis zum Handelsvertreter verschärfte Absatzförderungspflicht.⁴⁰ Daneben ist der Vertragshändler – prototypisch in der Kfz-Industrie – zur Haltung von Vorführfahrzeugen sowie zur Durchführung von Garantie- und sonstigen Serviceleistungen sowie zur Bereithaltung eines Ersatzteillagers verpflichtet. Alle diese Pflichten sind Gegenstand eines Rahmenvertrages. Dieser ist – das ist vertragstypisch gesehen noch hinreichend farblos – als Dauerschuldverhältnis nach § 314 BGB ausgestaltet.⁴¹ Die inhaltliche Kontrolle vollzieht sich aber in diesen Fällen am Maßstab des dispositiven Rechts gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB und betrifft eine Unzahl von Klauseln.⁴² Mittlerweile ist aber das Terrain wirksamer Klauseln in Vertragshändlerverträgen weithin abgesteckt.

29 BGH, 21.12.2005 – VIII ZR 85/05, NJW 2006, NJW 2006, 1066, Rn. 11; BGH, 16.9.1981 – VIII ZR 265/80, NJW 1982, 105.

30 Im Einzelnen Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, 7. Aufl. 2016, Kap. H, Rn. 3 ff.

31 BGH, 19.10.2002 – VIII ZR 95/01, BB 2002, 2520, NJW-RR 2003, 98; Löwisch, in: Ebenroth u. a. (Hrsg.), HGB, 4. Aufl. 2020, § 84, Rn. 201.

32 Ulmer, Der Vertragshändler 1968, S. 251 ff.; Manderla, in: Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016, § 25, Rn. 2; Ströbl, in: MünchKomm HGB, 5. Aufl. 2021, vor § 84, Rn. 14; demgegenüber kaufrechtliche Elemente betonend Löwisch, in: Ebenroth u. a. (Hrsg.), HGB, 4. Aufl. 2020, § 84, Rn. 195.

33 Vgl. BGH, 13.1.2010 – VIII ZR 25/08, NJW-RR 2010, 1263, BB-Entscheidungsreport Lang/Klein, BB 2010, 600.

34 BGH, 21.7.2016 – I ZR 299/15, NJW 2017, 475 mit Anm. Wauschkuhn; BGH, 25.2.2016 – VII ZR 102/15, BB 2016, 845 m. BB-Komm. Ströbl, NJW 2016, 1885; BGH, 5.2.2015 – VII ZR 315/13, BB 2015, 1357 m. BB-Komm. Ayad, NJW 2015, 1300.

35 BGH, 5.10.1979 – I ZR 43/78, BB 1980, 12; BGH, 3.3.1983 – I ZR 34/81, NJW 1983, 1789; BGH, 13.1.2010 – VIII ZR 25/08, NJW 2010, 1263, BB-Entscheidungsreport Lang/Klein, BB 2010, 600.

36 BGH, 17.4.1996 – VIII ZR 5/95, BB 1996, 1458, NJW 1996, 2159, 2160; BGH, 13.1.2010 – VIII ZR 25/08, NJW-RR 2010, 1263, Rn. 15, BB-Entscheidungsreport Lang/Klein, BB 2010, 600; BGH, 6.10.2010 – VIII ZR 210/07, BB 2011, 208 m. BB-Komm. Steinhauer, NJW-RR 2011, 389, Rn. 20.

37 BGH, 5.2.2015 – VII ZR 315/13, BB 2015, 1357 m. BB-Komm. Ayad, NJW 2015, 1300 Rn. 18; BGH, 26.11.1997 – VIII ZR 283/96, NJW-RR 1998, 390 – Pflicht zum Löschen der Daten.

38 Wauschkuhn, in: Flohr/Wauschkuhn, Vertriebsrecht, 2016, § 89b, Rn. 149.

39 Vogels, in: Giesler, Praxis des Vertriebsrechts, 3. Aufl. 2018, § 3, Rn. 545 ff.; Wauschkuhn, in: Flohr/Wauschkuhn, Vertriebsrecht, 2016, § 89b, Rn. 371 ff., Rn. 390 ff.

40 BGH, 12.7.1995 – VIII ZR 215/94, NJW-RR 1995, 1327; Vogels, in: Giesler, Praxis des Vertriebsrechts, 2018, § 3, Rn. 475 ff.; Franke, in: Flohr/Wauschkuhn, Vertriebsrecht, 2014, § 86 HGB, Rn. 134; Graf von Westphalen, in: VerträgeR und AGB-Klauselwerke, 45. EL 2020, Vertragshändlervertrag, Rn. 26 ff.

41 Grundlegend Ulmer, Der Vertragshändler, 1969.

42 Wegweisend sind folgende die Urteile: BGH, 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496 – Honda; BGH, 6.10.1999 – VIII ZR 125/98, BB 2000, 60 m. BB-Komm. Emde, NJW 2000, 515 – Kawasaki; BGH, 12.1.1994 – VIII ZR 165/92, BB 1994, 885, NJW 1994, 1060 – Daihatsu; BGH, 26.11.1984 – VIII ZR 214/83, BB 1985, 218, NJW 1985, 623 – Opel.

d) Fristlose Kündigung – § 89a HGB

Der BGH wendet in ständiger Rechtsprechung auch die Norm des § 89a HGB auf die fristlose Kündigung eines Vertragshändlervertrages durch den Hersteller an.⁴³ Er stellt insoweit den Vertragshändler und den Handelsvertreter gleich.⁴⁴ Das ist deswegen bemerkenswert, als die geschäftsbesorgungsrechtliche Qualifikation des Vertragshändlervertrages nach den §§ 675, 611 ff. BGB es nahelegen könnte, die fristlose Kündigungsfrist aus der ebenfalls zwingenden Norm des § 626 Abs. 1 BGB abzuleiten. Doch der BGH weigert sich hier nachdrücklich, die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB auf den Bereich des Vertragshändlervertrages zu übertragen.⁴⁵ Denn – so die dogmatisch verankerte Meinung des BGH⁴⁶ – die Vorschrift des § 626 Abs. 2 BGB wird von § 89a HGB verdrängt, weil eben der Vertragshändlervertrag einem Handelsvertretervertrag „ähnlich“ ist.⁴⁷ Die vom BGH in Stellung gebrachte Analogie schiebt sich also vor die Anwendung der Regel des § 626 BGB, die sich aus der rechtlichen Qualifikation des Vertragshändlervertrages eigentlich ergäbe.

e) Ordentliche Kündigungsfristen

Soweit der Vertragshändler – wie ein Handelsvertreter – in die Vertriebs- und Absatzorganisation des Herstellers eingegliedert ist, bejaht der BGH bei einem durch Kettenverträge⁴⁸ mit dem Hersteller zustande gekommenen Vertragshändlervertrag auch die analoge Anwendung der besonderen Kündigungsregel⁴⁹ des § 89 Abs. 1 HGB.⁵⁰ Diese Norm bestimmt, dass bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrag die ordentliche Kündigungsfrist mit der Dauer des Vertrages anwächst, um nach einer Dauer von fünf Jahren eine Kündigungsfrist von sechs Monaten vorzusehen. Dabei dürfen die Kündigungsfristen zwar verlängert werden; doch müssen sie für beide Seiten stets gleich lang sein.⁵¹ Zweifelhaft, aber wohl zu bejahen ist die analoge Anwendung von § 89 HGB auf einen Vertragshändlervertrag allerdings in den Fällen, in denen der Vertragshändler nicht wie ein Handelsvertreter in die Absatzorganisation des Herstellers eingegliedert ist,⁵² was allerdings auch die Rechtsprechung stützt.⁵³

3. Leasingvertrag – § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

a) Vertrag sui generis – Betonung der Finanzierungsfunktion

Nach wie vor ist die Frage streitig, welche Pflichten des Leasinggebers denn im Mittelpunkt eines Leasingvertrages – sozusagen als typenprägende Hauptpflicht – stehen.⁵⁴ Es war vor allem *Canaris*, der den Gedanken in den Vordergrund gerückt hat, dass auch dem Finanzierungsleasing deswegen ein wesentliches – geschäftsbesorgungsrechtliches – Element zuzuweisen sei, weil ja der Leasinggeber die Finanzierung, aber auch den käuflichen Erwerb für die wirtschaftlichen Interessen des Leasingnehmers besorgt.⁵⁵ Leasing ist danach eine Typenmischung zwischen kreditorischen und geschäftsbesorgungsrechtlichen Elementen.⁵⁶ Doch wird in der Literatur weithin die Meinung vertreten, das Leasing sei vertragstypologisch eine Schöpfung der Kautelarjurisprudenz, mithin sinnvollerweise wegen des breitgefächerten Pflichtenprogramms nur als Vertrag sui generis einzuordnen.⁵⁷

Da der BGH kürzlich den Kilometerabrechnungsvertrag beim Kfz-Leasing aus den Fesseln der drohenden Analogie der Finanzierungshilfe nach § 506 Abs. 3 Nr. 3 BGB⁵⁸ befreit hat,⁵⁹ taucht allerdings die gleiche Frage nunmehr beim Fernabsatz in § 312 Abs. 5 S. 1 BGB auf.

Der Vertragstyp des Kilometerabrechnungsvertrages als klassischer Typ des Kfz-Leasings wird dem Bereich der Finanzdienstleistung zugerechnet,⁶⁰ was die Literatur auch so sieht, indem sie das kreditorische Element in den Vordergrund rückt.⁶¹ Allerdings löst dies in steuerrechtlicher Hinsicht die gleichen Bedenken aus, wie diese – ganz allgemein – gegenüber dieser Qualifikation des Finanzierungsleasings als im Kern kreditorischer Vertrag geäußert wurden.⁶²

b) Mietrechtliche Qualifikation

Hingegen vertritt die Rechtsprechung des BGH mit Recht von Anfang an eine gegenläufige Position.⁶³ Sie sieht in einem Finanzierungsleasingvertrag einen gegenseitigen Vertrag, der „in erster Linie“ den mietrechtlichen Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB unterworfen ist.⁶⁴ Dabei richtet sich die Einordnung der beiderseitigen Vertragspflichten vor allem auch nach den steuerrechtlichen Vorgaben der einschlägigen Erlasse,⁶⁵ so dass der Tatbestand des wirtschaftlichen Eigentums des Leasinggebers nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO nicht auf Grund der typologischen Qualifikation des Finanzierungsleasing in Frage gestellt wird⁶⁶ und auch nicht gefährdet werden darf.⁶⁷ Das bedeutet, dass der Herausgabeanspruch des Leasinggebers nach § 985 BGB nach dem Ende des Vertrages wirtschaftlich, ebenso wie rechtlich von Bedeutung ist und nicht nur auf dem Papier steht.⁶⁸ Genau das wäre indessen zu befürchten, wenn der Leasingvertrag geschäftsbesorgungsrechtlich nach § 675 BGB oder als Finanzierung auf Basis eines Kredits eingeordnet wird. Dann wäre nämlich nur schwerlich einzusehen, aus welchen wirtschaftlichen Gründen denn der Leasinggeber berechtigt wäre,

43 BGH, 29.6.2011 – VIII ZR 212/08, BB-Entscheidungsreport *Oberhammer*, BB 2011, 2388, NJW 2011, 3361; BGH, 15.12.1993 – VIII ZR 157/92, BB 1994, 815, NJW 1994, 722, 723.
 44 BGH, 29.6.2011 – VIII ZR 212/08, BB-Entscheidungsreport *Oberhammer*, BB 2011, 2388, NJW 2011, 3361 – „Handelsvertreter (Vertragshändler)“.
 45 BGH, 15.12.1993 – VIII ZR 157/92, BB 1994, 815, NJW 1994, 722; BGH, 27.1.1982 – VIII ZR 295/80, NJW 1982, 2342.
 46 BGH, 15.12.1993 – VIII ZR 157/92, BB 1994, 815, NJW 1994, 722, 723.
 47 *Flohr*, in: *Flohr/Wauschkuhn, Vertriebsrecht*, 2016, § 314 BGB, Rn. 46.
 48 *Freiherr von Hoyningen-Huene*, MünchKommHGB, 4. Aufl. 2016, § 89, Rn. 34 ff.
 49 Hierzu *Löwisch*, in: *Ebenroth u. a. (Hrsg.)*, HGB, 4. Aufl. 2020, § 89, Rn. 46 ff. – Besonderheiten von Kündigungsfrist und Vertragsdauer.
 50 BGH, 9.10.2002 – VIII ZR 95/01, BB 2002, 2520, NJW-RR 2003, 98; *Wauschkuhn*, in: *Flohr/Wauschkuhn, Vertriebsrecht*, 2016, § 89 HGB, Rn. 124.
 51 *Lehmann*, in: *BeckOK HGB*, Stand: 15.7.2020, § 89, Rn. 50.
 52 *Löwisch*, in: *Ebenroth u. a. (Hrsg.)*, HGB, 4. Aufl. 2020, § 89, Rn. 26; *Lehmann*, in: *BeckOK HGB*, Stand: 15.7.2020, § 89, Rn. 65; *Wauschkuhn*, in: *Flohr/Wauschkuhn, Vertriebsrecht*, 2016, § 89 HGB, Rn. 125.
 53 OLG München, 25.2.2013 – 34 Sch 12/12, SchiedsVZ 2013, 230, 234; OLG Köln, 21.9.2012 – 19 U 113/11, BeckRS 2013, 2968.
 54 Hierzu im Einzelnen *Stoffels*, in: *Staudinger, Leasing*, 2018, Rn. 65 ff.; *Graf von Westphalen*, *Der Leasingvertrag*, 7. Aufl. 2015, Kap. A, Rn. 7 ff.
 55 *Canaris*, AcP 190 (1990), 410, 438 ff.; *ders.*, ZIP 1993, 401 ff.
 56 Vgl. auch *Canaris*, *Bankvertragsrecht*, 1988, Rn. 1718 ff.
 57 *Stoffels*, in: *Staudinger, Leasing*, 2018, Rn. 76; *Koch*, in: *MünchKommBGB*, 8. Aufl. 2019, Leasing – Anh. zu § 515, Rn. 35; *Leenen*, AcP 190 (1990), 260, 270 f.; *Lieb*, DB 1988, 946, 947; *Martinek*, in: *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhard, LeasingR-HdB*, 2. Aufl. 2008, § 4, Rn. 17 ff.; *Martinek*, *Moderne Vertragstypen I*, 1991, S. 86 ff.
 58 Hierzu nachdrücklich *Zahn*, NJW 2019, 1329 ff.
 59 BGH, 24.2.2021 – VIII ZR 26/20, BB 2021, 973 mit BB-Komm. *Graf von Westphalen*.
 60 OLG München 18.6.2020 – 32 U 7119/19, BKR 2020, 537.
 61 *Wendehorst*, in: *MünchKommBGB*, 8. Aufl. 2019, § 312, Rn. 102; *Thüsing*, in: *Staudinger, BGB*, 2019, § 312, Rn. 71; *Stoffels*, in: *Staudinger, Leasing*, 2019, Rn. 10.
 62 Grundlegend *Meincke*, AcP 190 (1990), 358 ff.
 63 BGH, 16.9.1981 – VIII ZR 265/80, WM 1981, 1219; BGH, 9.10.1985 – VIII ZR 217/84, BB 1986, 19, WM 1985, 1447; BGH, 30.9.1987 – VIII ZR 226/86, BB 1987, 2260, WM 1987, 1338.
 64 BGH, 30.9.1987 – VIII ZR 226/86, BB 1987, 2260, WM 1987, 1338, 1339.
 65 BMF-Schreiben vom 19.4.1971 – BStBl. 1971 I, 264 – Vollamortisationserlass; BfM-Schreiben vom 22.12.1975 – EStH 1994, Anh. 21 III – Teilamortisationserlass.
 66 Darauf abstellend auch *Scharff*, in: *Beckmann/Scharff, Leasingrecht*, 4. Aufl. 2015, § 1, Rn. 45; *Graf von Westphalen*, *Der Leasingvertrag*, 7. Aufl. 2015, Kap. A, Rn. 15 ff.
 67 Grundlegend *Meincke*, AcP 190 (1990), 358 ff.
 68 Hierzu im Einzelnen *Graf von Westphalen*, *Der Leasingvertrag*, 7. Aufl. 2015, Kap. A, Rn. 15 ff.

nach Ende des Leasingvertrages seinen Herausgabeanspruch gegen den Leasingnehmer nach § 985 BGB zu verwirklichen, wo er doch diesen Vertrag ausschließlich oder doch jedenfalls vorwiegend im wirtschaftlichen Interesse des Leasingnehmers abgeschlossen hat. Im Übrigen besteht der praktische Unterschied zwischen den unterschiedlichen rechtlichen Qualifikationen des Finanzierungsleasing vor allem in der Frage, ob denn der Leasinggeber⁶⁹ oder der Leasingnehmer⁷⁰ das Risiko der Insolvenz des Lieferanten des Leasingguts trägt. Der BGH favorisiert mit Recht im Rahmen seiner primär mietrechtlich ausgerichteten Qualifikation des Leasingvertrages die erste Alternative.

c) Typologisch bedingte Abweichungen vom Mietrecht

Doch gegenüber dem reinen Mietrecht der §§ 535 ff. BGB bestehen zwei auffallende Besonderheiten: Auch bei einem Teilamortisationsvertrag, der etwa als kündbarer Vertrag nach Ablauf von 40% der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer vom Leasingnehmer gekündigt werden kann, steht dem Leasinggeber – so sieht es der BGH – ein „leasingtypischer Ausgleichsanspruch“ gegenüber dem Leasingnehmer zu.⁷¹ Der Leasingnehmer zahlt also immer – sei es im Rahmen der Leasingraten, sei es im Rahmen seiner das Ende des Leasingvertrages überdauernden Amortisationspflicht – alle Anschaffungs- und Herstellungskosten, alle Nebenkosten sowie einen angemessenen Gewinn an den Leasinggeber. Darin erweist sich die praktisch durchaus anzuerkennende Bedeutung der Finanzierungsfunktion des Leasing.⁷²

Die zweite Besonderheit besteht darin, dass der Leasinggeber seine Eigenhaftung als Vermieter nach den §§ 535 ff. BGB freizeichnet, um stattdessen dem Leasingnehmer seine gegen den Lieferanten gerichteten kaufrechtlichen Mängelansprüche nach § 437 BGB abzutreten.⁷³ Die dadurch indizierte Mischung zwischen darlehensspezifischer Amortisationsfunktion und miet- sowie kaufrechtlich ausgerichteter Sachverschaffungs- und Überlassungspflicht, einschließlich der Mängelhaftung des Lieferanten beherrscht das leasingtypische „Dreiecksverhältnis“ zwischen Leasinggeber, Leasingnehmer und Lieferant des Leasingguts.

4. Kontrollnorm des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB – notwendige Rechtsicherheit

a) Ermittlung der vertraglichen Hauptleistungen – rechtlicher Schwerpunkt

Die innovative Entwicklung der modernen Vertragstypen im deutschen Recht baut nicht nur auf der Infrastruktur der Vertragsfreiheit auf, sondern sie beruht auch, um diesen Grundsatz zu wiederholen, auf der zwingend zu beachtenden „Leitbildfunktion“ des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB und der so in Stellung gebrachten Vertragsgerechtigkeit. Doch die Herstellung einer solchen Ordnungsfunktion des Rechts gegenüber den Einforderungen der Freiheit des Unternehmers ist gerade bei modernen Vertragstypen dogmatisch nur möglich, wenn es zuvor möglichst effektiv gelingt, den jeweiligen Vertragstypus und die so festgelegten Hauptpflichten – trotz und gerade wegen aller innovativen Neuerungen – in das Pflichtenprogramm des BGB einzufügen. Das setzt jedoch stets voraus, dass das jeweilige Pflichtenprogramm zunächst sachverhaltsspezifisch exakt erfasst wird. Es geht um eine Auslegung, welche nicht nur die AGB des Verwenders in den Blick nimmt, sondern den Zweck des Vertrages. Es geht also immer darum,

trotz der bei modernen Vertragstypen regelmäßig vorhandenen Pflichtenkombination und der Einseitigkeit der Vertragsbestimmungen den rechtlichen und wirtschaftlichen Schwerpunkt des Vertrages zu ermitteln.⁷⁴ Das führt im Ergebnis nach der Judikatur dazu, dass im Zweifel immer nur ein einziges Vertragsrecht für die rechtliche Qualifikation in Betracht kommt.⁷⁵ Denn auch ein typengemischter Vertrag ist ein einheitliches Ganzes.⁷⁶ Die Beachtung dieses Ansatzes aber hindert nicht daran, auch solche Rechte und Pflichten entsprechend der auszulegenden Parteivereinbarung zu würdigen, die außerhalb des Schwerpunkts liegen.⁷⁷ Ist aber – wohl recht selten – der nach den § 305c Abs. 2 BGB ermittelte Schwerpunkt eines modernen Vertrages im Blick auf das anzuwendende Vertragsrecht nicht einheitlich, sondern stehen zwei gleichgewichtig nebeneinander und bestimmen den Vertragstyp, dann wird man die Kombinationstheorie zur Anwendung bringen.⁷⁸ Jeder der beiden Schwerpunkte hat dann im Sinn von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB sein eigenes vertragsrechtliches Leitbild.

b) Suche des Schwerpunkts – Leitbildfunktion des jeweiligen Vertragsrechts

Dieser gerade für die rechtliche Qualifizierung innovativer Vertragstypen typisierende Ansatz bedeutet nicht, jeweils ein Prokrustesbett für die unternehmerische Freiheit im dispositiven Recht bereitzustellen, weil ja die Beachtung der Leitbildfunktion des geschriebenen Rechts nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zwingenden Charakter gegenüber den abweichenden AGB besitzt. Der entscheidende Vorteil liegt vielmehr darin, dass damit ein hinreichend sicheres Maß an Vorhersehbarkeit künftiger Rechtsentwicklungen in der Anwendung des Instruments der richterlichen Inhaltskontrolle im unternehmerischen Bereich zur Verfügung gestellt wird.

Genau dieses Ziel aber wird gründlich verfehlt, wenn man ohne zwingende dogmatische Not bei der Einordnung des jeweiligen neuen Vertragstyps den Ausweg in seiner Qualifikation darin sieht, ihn der Kategorie des „sui generis“ zuzuweisen. Denn dann kommt – systematisch bedingt – gegenüber den AGB des Verwenders lediglich die nachgeschaltete Kontrollnorm des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB zum Zug. Ihr Maßstab richtet sich nach den Rechten und Pflichten, wie sie durch die „Natur des Vertrages“ geprägt ist.⁷⁹ Dieser aber ist solange

69 BGH, 16.9.1981 – VIII ZR 265/80, NJW 1982, 105; BGH, 5.12.1984 – VIII ZR 277/83, BB 1985, 354, NJW 1985, 796; BGH, 25.10.1989 – VIII ZR 105/88, BB 1990, 18, NJW 1990, 314; im Einzelnen Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, 7. Aufl. 2015, Kap. I, Rn. 271 ff.; Scharff, in: Beckmann/Scharff, Leasingrecht, 4. Aufl. 2015, § 19, Rn. 54; Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 535, Rn. 58.

70 Stoffels, in: Staudinger, Leasing, 2018, Rn. 256; Canaris, AcP 190 (1990), 410, 421 ff.; Roth, AcP 190 (1990), 302, 305; Lieb, DB 1988, 2495, 2499 f.

71 BGH, 17.7.2013 – VIII ZR 334/12, NJW 2014, 1171; BGH, 20.9.1989 – VIII ZR 239/88, BB 1989, 2136, NJW 1990, 247, 248; BGH, 12.6.1985 – VIII ZR 148/84, NJW 1985, 2253 – grundlegend.

72 Im Einzelnen Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, 7. Aufl. 2015, Kap. A, Rn. 45 ff. – nach der dort vertretenen Meinung handelt es sich um einen Garantieanspruch des Leasinggebers, was aber in der Praxis keinen Unterschied macht.

73 BGH, 13.11.2013 – VIII ZR 257/12, NJW 2014, 1583; BGH, 19.2.1986 – VIII ZR 91/85, BB 1986, 900, NJW 1986, 1744 – Ausgangsentscheidung.

74 BGH, 15.3.2018 – III ZR 126/17, NJW-RR 2018, 683, Rn. 11 – Fernüberwachungsvertrag; BGH, 8.10.2009 – III ZR 93/09, NJW 2010, 150, Rn. 16 – Videopartnerportal.

75 Grüneberg, in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, vor § 3111, Rn. 26.

76 BGH, 2.10.2019 – XII ZR 8/19, NJW 2020, 328, Rn. 12 – Pferdepensionsvertrag.

77 BGH, 12.1.2017 – III ZR 4/16, NJW-RR 2017, 622, Rn. 10 – Vollberittvertrag.

78 Im Einzelnen Gehrlein, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2021, BGB § 311, Rn. 23; Emmerich, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2019, § 311, Rn. 28.

79 Hierzu auch Stoffels, in: Staudinger, Leasing, 2018, Rn. 74 ff.; Koch, in: MünchKommBGB, Finanzierungsleasing, 8. Aufl. 2019, Anh. zu § 515 BGB, Rn. 35.

auf eine Analyse der individualvertraglich begründeten Interessen beider Parteien angewiesen, als keine belastbaren Präjudizien für die erforderliche rechtliche Einordnung des betreffenden Vertragstyps vorliegen. Fehlen sie, dann begrenzen sich Auslegung und Inhaltskontrolle weithin abschließend auf die einseitig vorformulierten AGB des Verwenders, der in aller Regel auch die marktstärkere Partei ist und notwendigerweise seine eigenen Interessen in den Vordergrund rückt. Freilich wird diese notwendigerweise einseitige Sichtweise dadurch verstellt, dass etwa die Befürworter der Einordnung des Leasingvertrages als Vertrag sui generis darauf abstellen, dass ja beide Seiten den Vertrag so gestaltet haben,⁸⁰ obwohl in Wirklichkeit ein Aushandeln nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB nahezu nie stattgefunden hat.

Dieser Mangel der Rechtssicherheit⁸¹ in den Ergebnissen der Wirksamkeitskontrolle einzelner Klauseln neuer Vertragstypen ändert sich allerdings auch dann nicht, wenn man seine Zuflucht zur Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nimmt, um auf diesem Weg die einseitige Vertragsfreiheit im Interesse der Vertragsgerechtigkeit zugunsten des Vertragspartners des Verwenders zu beschränken. Denn die Merkmale von Treu und Glauben und der unangemessenen Benachteiligung sind weithin wertungsoffen. Und die Standardformel des BGH zum Erfordernis des Merkmals einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners ist auch nicht deutlich konturenschärfer.⁸²

5. Rechtspolitische Vorbehalte

Zur Abrundung dieses Bildes gehört es auch darauf aufmerksam zu machen, dass vor etwa zehn Jahren – ganz im Gegensatz zu der hier dargestellten Perspektive – eine Reformdebatte Fahrt aufgenommen hatte.⁸³ Ihr Ziel war es, Gesetzesvorschläge⁸⁴ zum Tatbestand des Aushandelns nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB und vor allem zur richterlichen Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr zu unterbreiten und neue – liberalere – Akzente zu setzen. Diese hat jetzt auch Heydn⁸⁵ an dieser Stelle aufgegriffen, so dass sie nicht unkommentiert bleiben sollen. Um es vorweg zu nehmen. Auch sie weisen das Signum aller einschlägigen Reformüberlegungen zu den §§ 305 ff. BGB im unternehmerischen Verkehr auf: Sie überbetonen die Perspektive der formalen Vertragsfreiheit des Verwenders und vernachlässigen im gleichen Gedankengang die zu wahrenen Aspekte materieller Vertragsfreiheit und der daraus abzuleitenden Vertragsgerechtigkeit zugunsten des Vertragspartners.⁸⁶

a) Vorschlag zu § 305 Abs. 1 S. 3 BGB – Verhandeln statt Aushandeln

Der Vorschlag von Heydn zielt darauf ab, den Begriff des „Aushandelns“ in § 305 Abs. 1 S. 3 BGB durch den tätigkeitsbezogenen Begriff des „Verhandelns“ zu ersetzen. Doch dagegen ist einzuwenden: Auf diese Weise wird eine bereits vor Erlass des AGBG (1.4.1977) bestehende Rechtsprechung des BGH gelöscht.⁸⁷ Schon damals erklärte der BGH kategorisch – und das gilt eben bis heute, fast ein halbes Jahrhundert lang: „Vielmehr kann von einer Individualvereinbarung in Abgrenzung von einem durch AGB geprägten Vertrag oder diesem gleichstehenden Formularvertrag nur dann gesprochen werden, wenn der Geschäftspartner auch hinsichtlich des Vertragsinhalts eine Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener berechtigter Interessen hatte, wenn und soweit es ihm also möglich war, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen.“⁸⁸

Jede Reform zu § 305 Abs. 1 S. 3 BGB muss sich also klar vor Augen führen, dass sie gleichzeitig in entscheidendem Maß die bisherige Vertragspraxis ändern wird.⁸⁸ Das wäre hinzunehmen, wenn man die Gewissheit haben könnte, dass die Umsetzung einer solchen Novelle geeignet wäre, die Rechtssicherheit zu erhöhen. Doch die Sollbruchstelle in dem Vorschlag von Heydn liegt erkennbar in den beiden Leerformeln: Was charakterisiert denn ein „Verhandeln“, welches „dem Gegenstand des Vertrages“ angemessen ist? Mehr noch: Was sind die belastbaren Merkmale, welche ausreichen, um ein solches Verhandeln als „angemessen“ zu bewerten, weil es auch den „Umständen des Vertragsabschlusses“ gerecht wird? Muss der AGB-Verwender den jeweiligen Vertrag zehn Minuten oder zehn Stunden mit seinem Vertragspartner „verhandeln“? Bei welcher Klausel ist ein Nachgeben entscheidend? Wann kann ein Richter verbindlich sagen, dass die Ebene der AGB-Kontrolle verlassen und die des Individualvertrages erreicht ist? Wann haben die Parteien selbst eine hinreichende Gewissheit, dass sie die Schwellen der Inhaltskontrolle erfolgreiche überschritten haben?

Das sind alles keine trivialen Fragen. Die durch den Vorschlag von Heydn aufgeworfenen unbestimmten Rechtsbegriffe schaffen Rechtsunsicherheit. Dagegen steht eine seit Jahrzehnten gefestigte Rechtsprechung des BGH, welche die Grenzen des Aushandelns nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB auch im Sinn des geltenden Verfassungsrechts nach Art. 2 Abs. 1 GG fixiert hat. Denn nur dann, wenn der Vertragspartner auch berechtigt ist, den Vertragsinhalt nach seinen eigenen Interessen zu „beeinflussen“,⁸⁹ kann man von einer so gesicherten Privatautonomie ausgehen. In seiner Entscheidung zum Handelsvertreterrecht hat das Verfassungsgericht⁹⁰ im Rahmen der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG festgestellt, dass Schranken für die zivilrechtliche Freiheit im Rahmen zwingenden Rechts vorhanden sein müssen, „weil Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, dass auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung.“⁹¹ Genau das zu verhindern ist seit Anfang an das Grundanliegen der Norm des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB.

80 Stoffels, Staudinger, Leasing, 2018, Rn. 75.

81 Mit Recht hebt die Literatur hervor, dass der Schwerpunkt des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB darin liegt, dass es dem Verwender untersagt ist, sich von den schadensersatzrechtlichen Folgen freizuziehen, die sich bei einer fahrlässigen Verletzung einer Hauptpflicht (wesentlichen Vertragspflicht) ergeben, vgl. Wurmnest, in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2019, § 307, Rn. 72; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 307, Rn. 33; Roloff/Looschelders, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 307, Rn. 31 – „Aushählungsverbot“.

82 „Nach § 307 I BGB ist eine formularmäßige Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Letzteres ist der Fall, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen“, BGH, 17.9.2009 – III ZR 207/08, NJW 2010, 57, Rn. 18 – st. Rspr.

83 Aus der nicht mehr zu überblickenden Literaturmenge vgl. Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658; Müller, BB 2013, 1355; Kessel/Stomps, BB 2009, 2666; 2675; weitere Nachweise bei Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 692 f.

84 Berger, NJW 2010, 465; Berger ZIP 2006, 2149 – Abschied von der Privatautonomie.

85 Heydn, BB 2021, 1420, 1428 f. (in diesem Heft).

86 Umfassend zu den diversen Diskussionsansätzen Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 692 ff., 721 ff.

87 BGH, 15.12.1976 – IV ZR 197/75, NJW 1977, 624, 625.

88 Klare Indikationen in BGH, NJW 2019, 2080 – jede einzelne Klausel ist vom Gebot des Aushandelns erfasst.

89 BGH, 15.12.1976 – IV ZR 197/75, NJW 1997, 624, 625.

90 BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, NJW 1990, 1469.

91 BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, 1990, 1469, 1470.

b) Vorschlag zu § 310 BGB

Der wesentliche Einwand gegen den zu § 310 BGB unterbreiteten Vorschlag von *Heydn* besteht darin, dass er die über die Leitbildfunktion des geschriebenen Rechts bewirkte Schutzfunktion der richterlichen Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr im Sinn des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB fallen lässt. Doch auch hier gilt: Bereits in seinem Urteil vom 7.7.1976⁹² hat der BGH vor Erlass des AGBG ausdrücklich den Schutzzweck des AGB-Rechts auf den „Kaufmann“ erstreckt. Gleichzeitig hat er es abgelehnt, auf ein wirtschaftliches oder intellektuelles Übergewicht des Verwenders abzustellen und dieses gegenüber den entsprechenden Fähigkeiten/Kenntnissen des Vertragspartners zu wägen, was leider immer wieder übersehen wird. Vielmehr wird der allein maßgebliche Schutzzweck der richterlichen Inhaltskontrolle – gleichermaßen gegenüber Unternehmern wie gegenüber Verbrauchern⁹³ – darin gesehen, dass „die gesetzliche Regelung durch AGB wirksam nur ersetzt werden (kann), wenn diese eine dem Gesetz vergleichbare Güterabwägung enthalten und keine der Billigkeit widersprechende missbräuchliche Verfolgung einseitiger Interessen auf Kosten des Geschäftspartners bedeuten.“⁹⁴

Abgesehen von diesem grundsätzlichen Einwand stellen sich hier gigantische Auslegungsprobleme: Was bedeutet der Hinweis, dass AGB dann unwirksam sein sollen, wenn sie „grob von der guten unternehmerischen Praxis abweichen“? Wird diese dadurch bestimmt, dass es sich um solche AGB handelt, die – rechts- und gesetzestreu – sich nach den seit fast einem halben Jahrhundert gültigen Maßstäben der richterlichen Inhaltskontrolle ausrichten? Oder ist damit auch eine „unternehmerische Praxis“ angesprochen, die eben genau dies nicht getan hat? Soll also jetzt eine bisher als schlicht rechtswidrig zu bezeichnende „Praxis“ gar als „gut“ im Sinn eines gleichsam höher stehenden Ethos bewertet werden? Das wäre kaum etwas anderes als ein schlichter Skandal. Auch diese Frage noch: Wie soll ein Kunde den Nachweis führen, dass seine AGB auch den „internationalen Gepflogenheiten“ entsprechen? Denn das deutsche AGB-Recht, das den Unternehmer wie den Verbraucher schützt, ist in der Welt ohne Beispiel. Welche Nachweise soll/muss daher der Kunde vorlegen? Muss er gar eine rechtsvergleichende Analyse erstellen?

6. Zwischenergebnis

Die innovationsfördernde Funktion des Rechts erweist sich – um den eingangs aufgegriffenen Gedankenstrang fortzusetzen – nicht nur darin, dass die Vertragsfreiheit der Parteien das wesentliche Vehikel der Infrastruktur ist. Die Rechtsprechung nimmt vielmehr mit Recht auch entscheidend in den Blick, dass es im Sinn der Vertragsgerechtigkeit – zur Vermeidung einer reinen Fremdbestimmung durch die AGB der marktmächtigeren Partei – darum geht, moderne Vertragstypen, soweit vertretbar und durch die Festlegung des wirtschaftlichen Schwerpunkts des Vertrages möglich, in einen der Typenkataloge des Besonderen Schuldrechts einzubetten. Gelingt dies, dann kommt im Sinn der Rechtssicherheit die zwingende Kontrollnorm des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zum Zug, soweit nicht anderes zwingendes Recht – Stichwort: Handelsvertreter- und Vertragshändlerrecht – im Rahmen einer Analogie zu Gebote steht. Das mag, wie *Heydn* für die von ihr ausgewählten Typen des Datenvertragsrechts darlegt, nicht immer sehr einfach sein, aber diese Aufgabe ist fallspezifisch immer wieder mal zu bewältigen,⁹⁵ auch

wenn es keinen einheitlichen Rekurs auf gesetztes Recht gibt. Gelingt aber die Verankerung des neuen Vertragstyps im Bereich des Datenrechts im System der Typologie des Schuldrechts, dann sind die Würfel für eine an § 307 BGB ausgerichtete Inhaltskontrolle gefallen – eine Norm, die seit fast 50 Jahren gute, verlässliche Dienste im Sinn der Vertragsgerechtigkeit leistet und nicht geändert werden sollte.

III. Innovation – Datenvertragsrecht

1. Kurzer Aufriss

Gerade unter dem Blickwinkel von Innovation und Vertragsrecht kann man im ganzen Bereich der „Digital Revolution“⁹⁶ an der maßgebenden Erkenntnis nicht vorbeisehen, dass sich an diesem Punkt das nationale Recht weithin zurücknimmt und dem europäischen Recht den Vortritt überlässt.⁹⁷ Bedenkt man jedoch die sich hier abzeichnenden, höchst komplexen technischen Innovationen, dann wird das von *Vieweg* bereits apostrophierte „legal gap“ noch größer.⁹⁸ Eine Eigentumszuordnung bei den für die Wirtschaft entscheidenden maschinenlesbaren Daten wird es wohl nicht geben.⁹⁹ Und die nachhaltige Entwicklung des Datenvertragsrechts¹⁰⁰ scheitert weithin an der Sperre des Geschäftsgeheimnisses.¹⁰¹ Die dadurch verursachte Unsicherheit gilt erst recht, wenn es sich um Lösungsansätze handelt, die wohl nur auf internationaler Ebene sinnvoll erscheinen, wie etwa die Erarbeitung von Rechtsregeln für Kryptowährungen,¹⁰² die ordnungspolitische und rechtliche Bewältigung des grenzüberschreitenden „Internet of Things“ oder – etwas weniger ambitioniert – der Bereich der „Smart Contracts“.¹⁰³ Das kann hier alles nur angemerkt, in seiner Vielgestaltigkeit aber nicht einmal angedeutet werden.

Im gesamten Bereich des Datenrechts breitet sich eine disruptive Technik aus, welche neben der fehlenden eigentumsrechtlichen Zuordnung selbst die Grundlagen des bisherigen Vertragsrechts in Frage stellen könnte. Doch genau das muss beleuchtet werden: Der europäische Gesetzgeber und in seinem Schlepptau auch der deutsche bewerten nunmehr den alltäglichen Vorgang als einen veritablen rechtsgeschäftlich verankerten Vertrag,¹⁰⁴ wenn der Verbraucher seine vertragsrechtliche Gegenleistung¹⁰⁵ als Käufer in der Weise erbringt, dass

92 BGH, 7.7.1976 – IV ZR 229/74, NJW 1976, 2345.

93 BGH, 4.7.2017 – XI ZR 562/15, BB 2017, 2058, NJW 2017, 2986 Rn. 66 und XI ZR 233/16, BB 2017, 2066, NJW 2017, 2995; s. dazu auch den Besprechungsaufsatz von *Graf von Westphalen*, BB 2018, 323 ff.

94 BGH, NJW 1976, 2345, 2346 (s. Fn. 92).

95 Im Einzelnen *Graf von Westphalen*, in: Lohsse/Schultze/Staudenmayer, Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools, 2017, S. 245 ff.

96 Hierzu *De Franceschi/Schulze*, Digital Revolution, 2019.

97 Grundlegend *Schulze/Staudenmayer*, EU Digital Law, Kommentar zur Richtlinie 2019/770, 2020.

98 *Vieweg*, in: FS Martinek, 2021, S. 801, 802.

99 Hierzu *Zech*, in: De Franceschi, European Contract Law and the Digital Single Market, 2016, S. 51 ff.; *Kühling/Sackmann*, ZD 2020, 24; *Determann*, MMR 2018, 227.

100 Hierzu *Hoeren/Pinelli*, JZ 2020, 879; zum Lizenzgedanken *Hennemann*, RD 2021, 61 ff.; *Schur*, GRUR 2020, 1142.

101 *Zech*, GRUR 2015, 1151, 1155.

102 *Omlor*, JuS 2019, 289; *Walter*, NJW 2019, 3609 – Libra, Bitcoin, Kryptowährung.

103 Hierzu *Schnell/Schwaab*, BB 2021, 1091 ff.; *Möslin*, ZHR 183 (2019), 254; *Fries/Paal*, Smart Contracts, 2019; *Paulus*, JuS 2020, 107; *Kipker/Bierreck/Niewöhner/Schnorr*, MMR 2020, 509.

104 Referentenentwurf zur Umsetzung der Richtlinie 2019/770, Stand: 5.10.2020, S. 42; offen gelassen noch in der Richtlinie vgl. *Schulze/Staudenmayer*, EU Digital Law, 2020, Art. 3 Rn. 59.

105 Umfassend *Lohsse/Schulze/Staudenmayer*, Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0, 2020; *Graf von Westphalen*, ZIP 2020, 437 – „Verzweifelte Suche nach der Vertragsfreiheit“.

er das geschuldete „Entgelt“ durch die kaum freiwillig zu nennende Hergabe seiner personenbezogenen Daten für die Bereitstellung digitaler Dienste (allein zu Werbezwecken – Facebook) erbringt.¹⁰⁶ Dass diese durchaus revolutionär zu nennende Perspektive dringliche, aber wohl nicht mehr beantwortbare Fragen nach dem Schutz des Verbrauchers im Rahmen seiner „informationellen Selbstbestimmung“¹⁰⁷ aufwirft, bedarf wegen der hier allgegenwärtigen Manipulation durch Algorithmen¹⁰⁸ und des oft der Sucht zuneigenden Verhaltens kaum der Vertiefung. Es ist schlicht eine eklatante Fehlleistung des Gesetzgebers, der die in Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO verankerte Schwachstelle nicht erkannt hat, dass nämlich keineswegs ein hinreichender Schutz des Verbrauchers besteht, wenn die Hergabe seiner personenbezogenen Daten, welche angeblich zur Erfüllung eines Vertrages bedingungsgemäß erforderlich ist, ausreichend ist, um als wirksame Einwilligung gewertet zu werden.¹⁰⁹

Rechtspolitisch und damit im Blick auf die Zukunft ist allerdings der Fokus auf die Entwürfe des „Digital Service Act“¹¹⁰ des „Digital Markets Act“¹¹¹ und vor allem auch auf eine noch zu debattierende VO über „Künstliche Intelligenz“¹¹² zu richten.¹¹³ Dass aber europäisches Recht bereits jetzt den Weg in die Modernität der digitalen Wirtschaft weithin geebnet hat, wird deutlich, wenn man die DSGVO¹¹⁴ ins Auge fasst, aber vor allem auch die noch nicht ins deutsche Recht umgesetzte Richtlinie 2019/770 über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen,¹¹⁵ einschließlich der jetzt die Vollharmonisierung des gesamten Verbraucherkaufrechts sicherstellenden Richtlinie 2019/771.¹¹⁶ Das neue, ständig in seiner wirtschaftlichen Bedeutung anwachsende Ökosystem der Plattformökonomie findet in der bereits seit dem 12.7.2020 in Kraft getretenen Plattform-Verordnung 2019/1150 über Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten seinen gesetzlichen Platz.¹¹⁷ Auch die bereits seit längerem vollzogene Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie 2015/2366¹¹⁸ mit ihren völlig neuen Begrifflichkeiten sollte man hier nicht vergessen.

2. Gesetzgeberische Zielpunkte

a) Zwingendes Verbraucherschutzrecht

Lässt man diese europarechtlichen Rechtsakte Revue passieren, dann drängt sich auch im Blick auf die Vergangenheit die Schlussfolgerung auf: Die im Rahmen des Europarechts zu beschreibende Innovation des Vertragsrechts vollzieht sich nahezu ausschließlich im Bereich des als weithin zwingend ausgestalteten Verbraucherschutzrechts. Grundlage ist nicht mehr das inzwischen als suboptimal eingeschätzte Prinzip der Mindestharmonisierung,¹¹⁹ sondern das der Vollharmonisierung. Rechtliche Basis für diese Vorhaben ist die Norm des Art. 114 Abs. 3 AEUV. Danach haben Rat und Europäisches Parlament die Aufgabe, die Vereinheitlichung des Binnenmarktes zu erreichen und dabei für den Verbraucherschutz ein hohes Schutzniveau sicherzustellen. Damit wird dieser Sektor des europäischen Rechts zum Treiber der Innovation auf dem Gebiet des Privatrechts.

Auf der Ebene des nationalen Rechts ist dieser sektorale Ansatz des europäischen Verbraucherschutzrechts nicht immer leicht und kohärent in das bestehende System des Schuldrechts zu integrieren. Für die rechtsberatenden Berufe wird die praktische Anwendung der Regeln des Verbraucherschutzrechts auch immer anspruchsvoller. Die Normen in ihrer oft tückisch zu nennenden Vielfalt er-

schließen sich nur noch demjenigen, der sich auf diesen Bereich des Vertragsrechts spezialisiert hat; ertragreich ist dieses Mühen selten. Hinzu kommt immer öfter, dass der EuGH Entscheidungen fällt, die sich nicht mehr mit den Mitteln der richtlinienkonformen Auslegung bewältigen lassen.¹²⁰ Markantes Beispiel ist hier die Judikatur zu den Mangelbeseitigungsaufwendungen im Rahmen von § 439 Abs. 2 BGB,¹²¹ die zu einer Änderung der Norm des § 439 Abs. 3 BGB führte. Neuestes Beispiel ist vermutlich – vorbehaltlich einer noch ausstehenden BGH-Entscheidung – dass das Instrument der ergänzenden Vertragsauslegung nach § 306 Abs. 2 BGB¹²² wohl keine Überlebenschance in einem Verbrauchervertrag haben wird.¹²³

Rechtspolitisch stellt sich auch bei der Umsetzung neuen Verbraucherschutzrechts immer die Frage, ob es denn wünschenswert ist, dass das Schwert des zwingenden Verbraucherrechts vor allem denjenigen Unternehmer trifft, der mit ihm kontrahiert, ohne dass ihm der Gesetzgeber den gleichen Schutz oder doch einen seitengleichen Regress gewährt. Der Gedanke an einen gleichgelagerten Schutz stand bei der erforderlichen Novellierung des § 439 Abs. 3 BGB Pate: Der Gesetzgeber schuf eine allgemeine Norm. Wenn im Rahmen eines Verbrauchervertrages eine Sache eingebaut oder ihrer Bestimmung nach an eine andere angebracht wurde, dann sollte verhindert werden, dass der gewährleistungspflichtige Handwerker diese Aufwendungen selbst tragen musste, aber keinen Regress gegenüber dem Vorlieferanten der neuen Sache hatte, was jetzt über § 445a Abs. 1 BGB abgesichert ist. Die Rechtsfigur des seitengleichen Regresses ist Kernbestandteil der Wertung im Rahmen der richterlichen Inhaltskontrolle im unternehmerischen Bereich nach § 310 Abs. 1 BGB.¹²⁴ Diese vollzieht sich nämlich im Bereich des Verbraucherrechts wie gegenüber einem Unternehmer grundsätzlich nach der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts, welche ihrerseits – schon vor Inkrafttreten des AGBG – den Schutzzweck des AGB-Rechts repräsentierte.¹²⁵

106 In dieser Rechtsfigur gar einen „Zwangsbeitrag zum Binnenmarkt“ während vgl. *Graf von Westphalen/Wendehorst*, BB 2016, 2179, 2185.

107 Grundlegend BGH, 23.6.2020 – KVR 69/19, BB 2020, 2061 – Ausbeutungsmisbrauch durch Facebook.

108 *Boehme-Neffler*, NJW 2017, 3031.

109 Pointiert *Wendehorst*, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Fn. 105), S. 191, 222.

110 COM (2020) 825 final; *Berberich/Seip*, GRUR-Prax 2021, 4.

111 COM (2020) 842 (final); *Seip/Berberich*, GRUR-Prax 2021, 44.

112 COM (2021) 206 (final); zum Vorläuferentwurf COM (2020) 64 final vgl. *Graf von Westphalen*, BB 2020, 1859 – vertragsrechtlich; *Graf von Westphalen*, VuR 2020, 248 – haftungsrechtlich.

113 Umfassend *Lohsse/Schulze/Staudenmayer*, Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, 2019.

114 EU-VO 2016/679 vom 27.4.2016, ABl. L 119, 1.

115 RL 2019/770 vom 22.5.2019, ABl. L 305, 62; hierzu auch *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663; *Staudenmayer*, NJW 2019, 2497; *Rosenkranz*, ZUM 2021, 195.

116 RL 2019/771 vom 20.5.2019, ABl. L 136, 28; *Staudenmayer*, NJW 2019, 2889; *Firsching*, ZUM 2021, 210.

117 VO 2019/1150 vom 20.6.2019, ABl. L 186, 57; *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2020, 667; *Naumann/Rodenhausen*, ZEuP 2020, 768.

118 ABl. vom 25.11.2015, ABl. L 337, 35.

119 *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663, 665.

120 BGH, 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, BB 2009, 292 m. BB-Komm. *Ayad*, NJW 2009, 427 – Quelle – Ersatzlieferung.

121 EuGH, 16.6.2011 – C-65/09, C-87/09, BB 2011, 1934 m. BB-Komm. *Ayad/Schnell*, NJW 2011, 2269 – Gebr. Weber.

122 Hierzu auch *Schmidt*, BeckOK BGB, Stand: 1.2.2021, § 306, Rn. 5.

123 EuGH, 3.10.2019 – C-260/18, RIW 2019, 734, BeckRS 2019, 23099 – Dziubak; EuGH, 25.11.2020 – C-269/19, BB 2020, 2817 Ls, NJW 2021, 611 – Banca B; hierzu im Einzelnen *Wendehorst/Graf von Westphalen*, EuZW 2021, 229; *Gsell*, JZ 2019, 751; a. M. *Herresthal*, NJW 2021, 589.

124 Vgl. *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, AGB-Kommentar, 1977, § 9, Rn. 74.

125 BGH, 4.7.2017 – XI ZR 562/15, BB 2017, 2058, NJW 2017, 2986, Rn. 64; BGH, 15.12.1976 – IV ZR 197/75, NJW 1976, 624, 625; BGH, 7.7.1976 – IV ZR 229/74, NJW 1976, 2345, 2346.

b) Zwingendes Recht in der Plattform-Ökonomie in homöopathischer Dosis

Es muss hervorgehoben werden, dass die VO vom 20.6.2019 Nr. 2019/1150, welche im Rahmen von Online-Vermittlungsdiensten sich dem Schutz der gewerblichen Nutzer gegenüber den regelmäßig ausgesprochen marktmächtigen Anbietern widmet,¹²⁶ der erste gesetzgeberische Akt der EU ist, der sich auf der Ebene des AGB-Rechts¹²⁷ dem Schutz des unternehmerischen Verkehrs widmet. Doch der alleinige – unionsrechtlich abgesicherte – Maßstab ist dabei die zwingend vorgeschriebene Beachtung der Grundsätze der Transparenz. Art. 3 Abs. 1 lit. a dieser VO umschreibt sie mit der Verpflichtung des Anbieters, seine Vertragsbedingungen „klar“ und „verständlich“ zu formulieren. Dieses auch in Art. 5 der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen enthaltene Transparenzgebot¹²⁸ deckt sich im Kern mit § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Erwägungsgrund Nr. 15 postuliert daher auch eine Intransparenz, wenn die AGB „unbestimmt“ oder auch „ungenau“ formuliert sind.¹²⁹

Doch die Marktstarken – vor allem Google und Amazon – flüchten aus dem deutschen Recht, was grundsätzlich nach Art. 3 Abs. 1 Rom-I-VO gestattet ist. Damit aber entziehen sie auch ihre AGB der richterlichen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB, obwohl Art. 1 Abs. 4 dieser VO – rein formal betrachtet – die Kontrolle der Wirksamkeit und die der Lauterkeit von AGB dem nationalen Recht vorbehält. Da aber die so jeweils gewählten Rechtsordnungen (Niederlande, Luxemburg, Irland) einen AGB-rechtlich verankerten Schutz zugunsten des gewerblichen Nutzers nicht kennen, bleibt es dann bei der etwas abschätzig formulierten Diagnose: Ein Anbieter kann natürlich – abseits einer AGB-Kontrolle im gewählten Recht – in eindeutiger Sprache „Gründe“ nach Art. 3 Abs. 1 lit c der VO auflisten, die ihn dazu berechtigen, den Vermittlungsdienst gegenüber dem Nutzer zu beenden, ihn auszusetzen oder einzuschränken, was man umgangssprachlich als „delisting“ oder als „suspension“ bezeichnet, aber auch „dimming“ oder „ranking“ nennt. Das Recht des Anbieters, das Waren- oder Dienstleistungsangebot des Nutzers ganz oder teilweise zu beenden oder dieses in das „Google-Gefängnis“ der späten Seiten zu verbannen, ist dann sehr rasch Realität, sofern die in den AGB vorab benannten „Gründe“ sich mit der dem Nutzer überlassenen Begründung vor der Implementierung solcher Maßnahmen formal decken.

IV. Privatisierung des Rechts

1. Ausgangspunkt

Heike Schweitzer ist es zu verdanken,¹³⁰ dass sie 2019 die Besonderheiten der die Plattform-Ökonomie beherrschenden technischen und vertragsrechtlich bedeutsamen Regelwerke als Einheit in den Blick genommen hat. Mit Recht weist sie auf die Preisbildungsmechanismen der Plattformanbieter hin, auf ihre Bewertungssysteme, auf die Macht der „Rankings“ und die automatisch generierten personalisierten Empfehlungen, auch noch andere – ähnliche – Produkte zu kaufen. Hinzukommen als integraler Teil solcher Regelwerke die internen, leicht zugänglichen und kostenfreien Systeme des Beschwerdemanagements (Art. 11 VO 2019/1150). Eine in Art. 12 dieser VO verankerte außergerichtliche Mediation, einschließlich der Verpflichtung der Anbieter, spezialisierte Media-

toren einzuschalten (Art. 13), verstärkt den Einfluss des Außergerichtlichen. Oft schließt das Regelwerk auch das eigene Bezahlssystem für den Verbraucher/Käufer ein,¹³¹ und sei es nur PayPal.¹³² Zwar ist nach Art. 14 Abs. 9 VO 2019/1150 dem Nutzer auch der Weg zu den ordentlichen Gerichten unmittelbar eröffnet, wenn der Anbieter eine Bestimmung der VO verletzt hat. Doch ist dies – im Verhältnis zur Behandlung einer Beschwerde oder der Einschaltung eines spezialisierten Mediators – ein weiter Weg, der den marktmächtigen Anbieter kaum erfreuen wird. Auf diesem Trampelpfad liegen aber auch zahlreiche Stolpersteine, die sich aus einer nur schwer durchschaubaren Interaktion zwischen Unions- und Recht des Mitgliedstaats ergeben. Doch entscheidend ist, dass die AGB-rechtliche Kontrolle unwirksamer Anbieter-AGB nach den §§ 307, 310 BGB leichtfüßig durch die Wahl eines fremden Rechts, das diese Kontrolle zugunsten des gewerblichen Nutzers nicht kennt, vermieden werden kann.

Aus der Komplexität solcher Regelwerke hat Schweitzer den bedenkenswerten Schluss abgeleitet, dass es sich hier – vor allem unter Beachtung der überragend wichtigen Funktion der eingesetzten Algorithmen¹³³ – um ein Konstrukt handelt, welches die Plattformbetreiber in den Rang eines „privaten Gesetzgebers“ hebt.¹³⁴ Nicht umsonst ist daher immer mehr von „amazon law“ oder auch von „ebay law“ die Rede. In den Augen des BGH sind die bis vor kurzem gültigen Regelwerke von Facebook als Fall eines Ausbeutungsmisbrauchs nach § 19 Abs. 1 GWB a.F. gegenüber dem Verbraucher wegen der Verknüpfung der Nutzerdaten und der off-Facebook-Daten beurteilt worden.¹³⁵ Eine Freiwilligkeit in der Teilnahmeentscheidung des Nutzers an den angebotenen Facebook-Diensten konnte der BGH unter diesen Umständen nicht mehr erkennen, weil diesem ein Verzicht wegen der Bedeutung dieser Plattform als wichtiges Kommunikationsmittel nicht zugemutet werden kann.¹³⁶

2. Macht der privaten Algorithmen

Wernicke/Mehmel haben sich genau ein Jahr nach Erscheinen der Arbeit von Schweitzer der Frage nach der „Privatisierung des Rechts“ in einem größeren Rahmen gewidmet.¹³⁷ Als kleine Fußnote ist hinzuzusetzen, dass Stephan Wernicke in diese Analyse auch sein Insider-Wissen als Chefjustiziar des DIHK eingebracht hat. Die Autoren sehen einen Trend, der – auch bedingt durch die Entwicklungen der Corona-Krise, wie man anfügen kann – weg vom stationären Vertrag

126 Naumann/Rodenhausen, ZEuP 2020, 768.

127 Hierzu im Einzelnen Busch, GRUR 2019, 788.

128 Neuestens EuGH, 3.3.2020 – C-125/18, RfW 2021, 141, BeckRS 2020, 2609, Rn. 50 – Guasch – nicht auf eine formelle und grammatikalische Verständlichkeit der Klausel beschränkt.

129 ABl. vom 11.7.2019, ABl. L 186, 57, 60.

130 Schweitzer, ZEuP 2019, 1, 4.

131 Geplant nach LIBRA (Facebook) auch von Apple und Amazon (zur „A- bis Z-Garantie“ BGH, 1.4.2020 – VIII ZR 18/19, WRP 2020, 875, MMR 2020, 467); vgl. auch OLG Hamburg, 24.4.2015 – 1 U 185/14, MMR 2015, 608 – zulässiger Ausschluss des Iran in den AGB.

132 Hierzu BGH, 22.11.2017 – VIII ZR 213/16, NJW 2017, 537; hierzu auch Guggenberger, NJW 2018, 1057 – „Umkehr der Durchsetzungslast“; vgl. auch OLG Köln, 19.2.2020 – 6 U 184/19, MMR 2020, 709 – keine Intransparenz trotz des gigantischen Umfangs von 83 Seiten.

133 Boehme-Neßler, NJW 2017, 3031 – „Die Macht der Algorithmen und die Ohnmacht des Rechts“.

134 Schweitzer, ZEuP 2019, 1, 4.

135 BGH, 23.6.2020 – KVR 69/19, BB 2020, 2061 Ls, GRUR 2020, 1318.

136 BGH, 23.6.2020 – KVR 69/19, BB 2020, 2061 Ls, GRUR 2020, 1318, Rn. 102.

137 Wernicke/Mehmel, ZEuP 2020, 1.

hin zum Online-Geschäft führt. Dieses aber wird immer mehr von „algorithmischen Verträgen“ bestimmt.¹³⁸ In der sich mehr und mehr ausbreitenden „share economy“ entfalten sich diese – abseits der bilateralen Beziehungen – immer mehr zu „Netzwerkverträgen“, bei denen der Einsatz Künstlicher Intelligenz „die individuelle Anpassung“ besorgt.¹³⁹ Die Dynamisierung der Preisgestaltung schafft den personalisierten Preis, säuberlich, aber intransparent von einem Algorithmus oft stundengenau ermittelt.¹⁴⁰

Es ist dies auch die Stunde der „Smart Contracts“. Ihre Rechtsrisiken werden risikoabhängig durch den Einsatz von Algorithmen im Vorfeld eines sich abzeichnenden Konflikts kommerzialisiert¹⁴¹ und so vermeiden sie – wie bereits im Rahmen der VO 2019/1150 angedeutet – den Raum einer gerichtlich induzierten Streitbeilegung. Die ständig sinkenden Fallzahlen der Kammern für Handelssachen kündigen wortlos, welche Entwicklung hier ins Haus steht. Die gegenläufigen Bemühungen einiger Landesgesetzgeber um eine Aufwertung des deutschen Rechts durch Schaffung neuer „Commercial Courts“¹⁴² übersehen nicht selten ein Mehrfaches: Auf der einen Seite die im deutschen Recht kaum verfügbaren Präjudizien, die bei großrahmigen Streitigkeiten Richtschnur sein könnten;¹⁴³ auf der anderen Seite fehlt den Richtern oft auch der durch lange Erfahrung gehärtete Blick in die unternehmerische Wirklichkeit.¹⁴⁴ Aber ganz entscheidend: Hinter diesen Entwicklungen steht das schon vor einigen Jahren von *Boehme-Neßler* angesprochene und durch das Fortschreiten der Digitalisierung wohl mittlerweile unentrinnbar gewordene Dilemma von der „Macht der Algorithmen und der Ohnmacht des Rechts“.¹⁴⁵

V. Fazit

Es steht also im Blick auf die Zukunft sehr, sehr viel auf dem Spiel. Die Innovation des Rechts hat mittlerweile – getrieben durch die technische Entwicklung der Digitalisierung – den Weg in ihre „Privatisierung des Rechts“ angetreten. Weithin hat sie auch die sie bislang steuernden Fesseln des zwingenden Rechts als Ausweis einer so zu schaffenden Vertragsgerechtigkeit abgestreift. Wie *Mireille Hildebrandt*, Professorin für Datenrecht und „Rule of Law“ im niederländischen Nijmegen, bereits vor mehreren Jahren hellstichtig warnte, ist der allgegenwärtig wirksam werdende Algorithmus ein Steuerungsinstrument, dem ich als Person in meinem gegenwärtigen und künftigen Verhalten als „digital unconscious“

ausgeliefert bin.¹⁴⁶ Ein so wirksam werdender Algorithmus ist allerdings nicht mehr Teil eines freiwillig befolgten Rechts, demgegenüber ich ja auch – und dieser Unterschied ist entscheidend – ungehorsam sein kann. Recht, so ihre Folgerung, könnte deshalb eines baldigen Tages im Vergleich zur Wirkkraft des Algorithmus nur noch ein „Drachen aus Papier“ sein.

Auch die sich im Rahmen der Globalisierung rasant ausbreitende, von (extraterritorialen) Monopolen in den USA und in China vorangetriebene Entwicklung von Big Data bedroht mehr und mehr das wertvolle Gut der grundrechtsgebundenen und vom Staat auch geschützten Privatautonomie der Person.¹⁴⁷ Dem gilt es, sich mit Macht entgegenzustellen. Als Menetekel an der Wand steht der bedrückend zu lesende Satz von *Wolfgang Hoffmann-Riem* in seinem Grundlagenwerk „Innovation und Recht – Recht und Innovation“: „Das Recht allein hat nicht die Kraft, das Notwendige zu erreichen.“¹⁴⁸ Es bedarf also eines nachhaltigen gesellschaftlichen Diskurses zum Schutz staatlichen Rechts, sowohl in der Rechtssetzung als auch in seiner Durchsetzung.

Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen ist Rechtsanwalt in Lohmar. Er ist seit 1998 Lehrbeauftragter, seit 2004 Honorarprofessor der Universität Bielefeld sowie Mitglied des Herausgeberbeirats von ZIP, EWIR, Schriftleiter der IWRZ sowie Mitglied des Beirats im Ressort Wirtschaftsrecht des BB.



138 *Wernicke/Mehmel*, ZEuP 2020, 1, 4.

139 *Wernicke/Mehmel*, ZEuP 2020, 1, 5.

140 *Wernicke/Mehmel*, ZEuP 2020, 1, 5.

141 Musterbeispiel PayPal: Keine der Parteien darf sowohl über die Ware als auch über das Geld verfügen als Rechtsprinzip.

142 *Diekmann*, NJW 2021, 605; *Pfeiffer*, IWRZ 2020, 51; *Mercer*, IWRZ 2020, 200 – englische Erfahrungen.

143 Im Einzelnen auch *Graf von Westphalen*, AnwBl. 2012, 668 – Verbraucherrecht als Triebfeder der Rechtsentwicklung.

144 Appelle an die Anwaltschaft, dieses Angebot zu nutzen s. *Melin*, BB 2020, 2702.

145 NJW 2017, 3031.

146 *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, S. 226.

147 BVerfG, 6.11.2019 – 1 BvR 276/16, NJW 2020, 314 – Vergessen I – Drittwirkung der Grundrechte.

148 *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 693.