

Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen der japanischen Schuldrechtsreform

*Henri Döring**

- I. Einleitung
- II. Reform des japanischen Schuldrechts
 - 1. Entstehung und Charakteristika des japanischen Zivilgesetzes
 - 2. Ablauf der Reform
 - 3. Motive der Reform
 - 4. Inhalte der Reform
- III. Allgemeine Geschäftsbedingungen: Beschreibung des Phänomens und rechtlicher Fragestellungen
 - 1. Bindungswirkung
 - 2. Schutz der anderen Partei vor Benachteiligung (Inhaltskontrolle)
 - 3. Das Problem der Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Vertragsschluss
- IV. Allgemeine Geschäftsbedingungen: Gegenwärtige Rechtslage in Japan
 - 1. Definition
 - 2. Bindungswirkung und Einbeziehung
 - 3. Schutz der anderen Partei vor Benachteiligung (Inhaltskontrolle)
 - 4. Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Vertragsschluss
- V. Allgemeine Geschäftsbedingungen: Angestrebte Regelungen im Zuge der Schuldrechtsreform
 - 1. Definition
 - 2. Einbeziehung in den Vertrag
 - 3. Überraschende Klauseln
 - 4. Kontrolle unfairer Bestimmungen
 - 5. Änderung allgemeiner Geschäftsbedingungen
- VI. Fazit

I. EINLEITUNG

Der Vertragsschluss unter Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (*jap. torihiki yakkan*) ist im modernen Wirtschaftsleben mittlerweile ein alltägliches Phänomen. Dass eine Partei zumindest Teile des Vertragsinhalts bereits im Voraus für die Verwendung gegenüber mehreren Partnern formuliert und die andere Partei diesen Bedingungen bei Abschluss des Vertrages ohne weitere Verhandlungen lediglich zustimmt, stellt eher den Regelfall des Vertragsschlusses als die Ausnahme dar. Dies gilt für Japan ebenso wie für Deutschland und wohl die meisten Industriegesellschaften und betrifft Geschäfte

* B.A. (Japanologie), Student der Rechtswissenschaften in Passau.

des täglichen Lebens unter Beteiligung von Verbrauchern ebenso wie Vertragsschlüsse im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern. Dass diese besondere Form des Vertragsschlusses spezielle juristische Fragestellungen aufwirft, leuchtet ein. Der deutsche Gesetzgeber begegnete diesen im Jahre 1977 mit der Verabschiedung des AGB-Gesetzes, das durch die Schuldrechtsmodernisierung 2002 in das BGB eingefügt wurde.

Im japanischen Zivilgesetz (ZG)¹ als Pendant zum deutschen BGB finden sich entsprechende Vorschriften nicht. Auch wenn Literatur und Rechtsprechung sich ebenfalls in Japan mit den spezifischen Problemen, die mit dem Vertragsschluss unter Verwendung von AGB einhergehen, auseinandersetzen und so Theorien und Präjudizienrecht schufen, ist das Konzept dem japanischen Zivilgesetz völlig unbekannt. Dieser Zustand wird sich allerdings voraussichtlich in naher Zukunft ändern: Das japanische Zivilgesetz steht mit einer geplanten Reform des Schuldrechts vor einer der umfassendsten Änderungen seit seinem Inkrafttreten. Die vom Justizminister mit der Abfassung eines Reformvorschlages betraute Gesetzgebungskommission legte im Februar 2013 nach dreieinhalb Jahren der Beratung einen entsprechenden Zwischenentwurf² vor. Dieser Entwurf sieht neben zahlreichen anderen Änderungen auch die erstmalige Aufnahme von Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen in das Zivilgesetz vor.

Der vorliegende Beitrag hat das Ziel, die voraussichtlichen Änderungen auf dem Gebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen der Schuldrechtsreform anhand der Vorschläge des Zwischenentwurfs zu analysieren und zu beurteilen. Auch wenn der Schwerpunkt der Untersuchung nicht ein rechtsvergleichender ist, wird bei der kritischen Auseinandersetzung mit den Reformvorschlägen an einigen Stellen auf die Behandlung entsprechender Fragestellungen im deutschen und europäischen Recht Bezug genommen.

Der Aufbau dieses Beitrags gliedert sich dabei in vier Sbschnitte. Der erste Abschnitt behandelt die Reform des Schuldrechts im japanischen Zivilgesetz im Allgemeinen. Zunächst werden die Kodifikationsgeschichte und in ihr begründete Charakteristika des Gesetzes beschrieben, im Anschluss daran die Motive und Ziele der Reform sowie in knapper Form deren Inhalte und bisheriger und zukünftiger Ablauf geschildert. In einem zweiten Abschnitt wird zunächst im Allgemeinen das Phänomen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beschrieben und aufgezeigt, welche juristischen Fragestellungen sich aus der Verwendung ergeben. Im Anschluss schildert der dritte Abschnitt die gegenwärtige Rechtslage in Japan, also die Behandlung dieser Probleme durch die japanische Rechtsprechung, Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtswissenschaft. Der vierte Abschnitt beschreibt sodann auf Grundlage einer Übersetzung der entsprechenden Ab-

1 *Minpō*, Gesetz Nr. 89/1896 und Nr. 9/1898 i. d. F. des Gesetzes Nr. 78/2006.

2 HŌSEI SHINGI-KAI (MINPŌ) [Gesetzgebungskommission des Japanischen Justizministeriums (Zivilrechtsreformausschuss)], *Minpō (saiken kankei) no kaisei ni kansuru chūkan-shian* [Zwischenentwurf zur Reform des Zivilgesetzes (Schuldverhältnisse)], <http://www.moj.go.jp/content/000110383.pdf> (zuletzt aufgerufen 17.2.2014).

schnitte des Zwischenentwurfes durch den Verfasser die Regelungsvorschläge des Zivilrechtsreformausschusses der Gesetzgebungskommission. Kritik und abweichende Ansichten innerhalb des Ausschusses sowie von Seiten der Wissenschaft und von Interessenverbänden werden diskutiert. Zum Inhalt des Zwischenentwurfs und zu möglichen alternativen Regelungsmöglichkeiten wird Stellung genommen. Den Schluss des Beitrags bildet ein die angestrebten Regelungen zusammenfassend bewertendes Fazit.

Zu beachten ist, dass die Schuldrechtsreform noch nicht abgeschlossen ist und gegenwärtig noch nicht absehbar ist, zu welchem Zeitpunkt und mit welchem Inhalt dies der Fall sein wird. Gegenstand der Untersuchung ist also ein noch laufender Prozess. Berücksichtigt ist der Verlauf der Reform bis einschließlich der Veröffentlichung des Zwischenentwurfs. Auch wenn dieser durchaus bereits Schlüsse auf das zukünftige Gesicht des japanischen Zivilgesetzes zulässt,³ muss dennoch darauf hingewiesen werden, dass Änderungen im künftigen Reformverlauf möglich sind und seine Aussagekraft daher nicht absolut ist.

II. REFORM DES JAPANISCHEN SCHULDRECHTS

1. *Entstehung und Charakteristika des japanischen Zivilgesetzes*

a) *Kodifikationsgeschichte*

Das gegenwärtige japanische Zivilgesetz trat 1898 in Kraft. Bereits zu Beginn der Meiji-Restauration in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts war eines der Hauptanliegen der neuen Regierung, eine Revision der mit mehreren europäischen Mächten und den Vereinigten Staaten bestehenden „ungleichen Verträge“ herbeizuführen, die die Souveränität des japanischen Staates durch Regelungen wie die Exterritorialität und Konsulargerichtsbarkeit für Staatsangehörige der Vertragspartner innerhalb Japans und die Beschränkung der japanischen Zollhoheit erheblich einschränkten. Als eine Voraussetzung hierfür sah man die Einführung einer nach den Maßstäben der Vertragspartner „zivilisierten“ Rechtsordnung. Es begannen daraufhin Bemühungen, ein japanisches Zivilgesetzbuch zu verfassen.⁴

Erste diesbezügliche Versuche in den 1870er und 1880er Jahren konzentrierten sich auf eine Kodifikation nach dem Vorbild des französischen *Code civil*. Unterstützt wurde die zuständige Gesetzgebungskommission von dem französischen Rechtsgelehrten *Gustave Emile Boissonade*. Das Familien- und Erbrecht lag in der Verantwortung japanischer Juristen, wenngleich auch hier französische Einflüsse Eingang fanden. Ergebnis

3 T. TSUTSUI, *Minpō (saiken kankei) no kaisei ni kansuru chūkan-shian ni tsuite* [Über den Zwischenentwurf zur Reform des Zivilgesetzes (Schuldverhältnisse)], in: *New Business Law* 998 (2013) 8.

4 G. RAHN, *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan* (München 1990) 80 ff.

der der Kommissionsarbeit war das sog. Alte Zivilgesetz (*Kyū-minpō*), das am 1. Januar 1893 in Kraft treten sollte, was allerdings verhindert wurde.⁵

Noch bevor das Alte Zivilgesetzes jedoch wie geplant in Kraft treten konnte, entwickelte sich der sog. Kodifikationsstreit zwischen der den Boissonade-Entwurf befürwortende „französischen Schule“ und der „englischen Schule“, die die naturrechtliche Ausrichtung sowie strukturelle Mängel des Entwurfs kritisierte. Infolge dessen kam es ab 1893 zu einer umfassenden Revision des Boissonade-Entwurfs, an deren Ende ein neuer Gesetzesentwurf stand, der schließlich am 16. Juli 1898 als Zivilgesetz in Kraft trat.⁶ Bei der Erstellung des Gesetzesentwurfs wurden in besonderem Maße auch deutsche Rechtsvorstellungen aufgegriffen. Als Vorlage dienten der erste und zweite Entwurf zum parallel in der Entstehung befindlichen deutschen BGB. Das japanische Zivilgesetz folgt wie das BGB in seiner Struktur dem Pandektensystem mit einer Einteilung in fünf Bücher. In Abweichung zum BGB ist lediglich die Reihenfolge des Schuld- und des Sachenrechts vertauscht. In seinem Inhalt ist es aber nicht allein deutschrechtlich geprägt, sondern vereint durch eine eklektische und gemischte Rezeption Elemente diverser Rechtsordnungen.⁷ *Uchida* spricht von einem inhaltlich halb-deutschen, halb-französischen Gesetz.⁸ In den Jahrzehnten nach Inkrafttreten des Zivilgesetzes fand durch die Einführung ergänzender Nebengesetze und die Übernahme deutscher Rechtsdogmatik eine weitere deutsche Prägung des japanischen durch das deutsche Zivilrecht statt.

b) Kürze

Ein wesentliches Merkmal des japanischen Zivilgesetzes ist seine Knappheit. Zum einen ist die Anzahl der Paragraphen – mit anfangs 1146 und mittlerweile lediglich 1044 Paragraphen enthalten die fünf Bücher weniger als halb so viele wie das deutsche BGB mit 2385⁹ – auffällig gering. Zum anderen sind auch die Vorschriften selbst vergleichsweise kurz und allgemein gehalten. Statt differenzierter Auflistungen oder detaillierter Definitionen, wie sie im heutigen deutschen BGB vielfach zu finden sind, dominieren eher knappe und folglich abstraktere Regelungen. Zurückführen mag man dies zum einen auf den Zeitdruck, dem sich die Verfasser des Gesetzes angesichts der turbulenten Umstände der Kodifizierung ausgesetzt sahen. Zum anderen mieden die Verfasser aber auch bewusst die Übernahme detaillierter Vorschriften aus den europäischen Rechtssystemen aufgrund der Befürchtung, dass diese mit der Wirklichkeit der japanischen Gesellschaft – die sich in den 1880er und 1890er Jahren zudem in der Phase eines tiefgreifenden

5 RAHN (Fn. 4) 91 f.

6 Z. KITAGAWA, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan (Frankfurt 1970) 30 ff.

7 KITAGAWA (Fn. 6) 43.

8 T. UCHIDA, *Minpō kaisei: Keiyaku no rūru ga hyakunen-buri ni kawaru* [Die Reform des Zivilgesetzes: Die Regeln über Verträge ändern sich nach 100 Jahren] (Tōkyō 2012) 89.

9 Unter Nichtberücksichtigung gestrichener bzw. nachträglich eingefügter „Buchstabenparagraphen“ in beiden Gesetzen.

Umbruchs befand – nicht vereinbar sein könnten.¹⁰ Folge dieser Entscheidung ist, dass der Wortlaut des japanischen Zivilgesetzes eine äußerst flexible Rechtsanwendung gestattet. Zwangsläufig ergibt sich als Kehrseite dieser Flexibilität allerdings auch, dass der reine Wortlaut des Gesetzes oftmals keinen Schluss auf die tatsächliche Rechtslage zulässt. Verknüpft mit der Knappheit des Zivilgesetzes ist das Phänomen des starken „Imports“ deutscher Dogmatik, um Lücken, die der Gesetzeswortlaut lässt, zu füllen.¹¹

c) *Beständigkeit*

Ein weiteres Merkmal des gegenwärtigen japanischen Zivilgesetzes ist, dass es seit seinem Inkrafttreten im Jahre 1898 vergleichsweise wenigen Reformen unterzogen wurde. Trotz der offensichtlichen und tiefgreifenden Veränderungen, die die japanische Gesellschaft seitdem durchlaufen hat, ist das Vermögensrecht des Zivilgesetzes in großen Teilen gleichen Inhalts wie vor mehr als einem Jahrhundert. Umfassende Reformen des Zivilrechts in diesem Zeitraum beschränken sich auf eine grundlegende Änderung des vierten und des fünften Buches – also des Familien- und Erbrechts – im Jahre 1947 zum Zwecke der Harmonisierung mit der neuen japanischen Verfassung sowie auf die Modernisierung der Sprache des gesamten Gesetzestextes im Jahre 2004. Der Inhalt des Allgemeinen Teils sowie des Schuld- und Sachenrechts war von diesen beiden Reformen allerdings nicht betroffen. Statt einer umfassenden Reform beschränkten sich Reformen des Vermögensrechts innerhalb des Zivilgesetzes vielmehr auf punktuelle Änderungen wie die Einführung der rechtlichen Betreuung anstelle der Entmündigung im Jahre 1999 oder eine Reform der Regelungen bzgl. der Bürgerschaft im Jahre 2004.¹² Bedeutendere Reformen des Vermögensrechts, wie sie vor allem seit den 1990er Jahren häufig durchgeführt wurden, erfolgten in Gestalt des Erlasses von Sondergesetzen außerhalb des Zivilgesetzes, wie beispielsweise des Verbrauchervertragsgesetzes¹³. Man kann also von einer bemerkenswerten Kontinuität des vermögensrechtlichen Teils des Zivilgesetzes – insbesondere des Vertragsrechts¹⁴ – sprechen. Konsequenz dieser Beständigkeit ist allerdings auch, dass der Gesetzeswortlaut viele Rechtsentwicklungen nicht widerspiegelt und daher der Blick ins Zivilgesetz allein dem Leser nur äußerst begrenzten Aufschluss über Änderungen gewährt.

2. *Ablauf der Reform*

Anlässlich des hundertjährigen Jubiläums des Zivilgesetzes im Jahre 1998 erklangen von Seiten der Wissenschaft bereits seit Anfang der 1990er Jahre erste Rufe nach einer umfas-

10 T. UCHIDA, Contract Law Reform in Japan and the Unidroit Principles, in: Uniform Law Review/Revue De Droit Uniforme 2011, 707.

11 UCHIDA (Fn. 10) 707.

12 UCHIDA (Fn. 8) 10 f.

13 *Shōhi-sha keiyaku-hō*, Gesetz Nr. 61/2000 i. d. F. des Gesetzes Nr. 49/2009.

14 UCHIDA (Fn. 10) 11.

senden Reform des Schuldrechts.¹⁵ Als das Justizministerium – plötzlich und selbst für Experten überraschend¹⁶ – im Januar 2006 bekannt gab, die Notwendigkeit einer Revision des Schuldrechts untersuchen zu wollen¹⁷, formierten sich daher rasch Kommissionen von Rechtswissenschaftlern, die unabhängig voneinander und auch vom Justizministerium mit der Ausarbeitung von Reformentwürfen begannen. Als Beispiele genannt seien die rein privaten Reformkommissionen *Minpō saiken-hō kaisei kentō i'in-kai* und *Minpō kaisei kenkyū-kai* genannt, deren Besetzung teils große Überschneidungen mit dem später vom Justizministerium eingesetzten offiziellen Zivilrechtsreformausschuss aufweist, und die jeweils bereits 2009 einen umfangreichen Reformvorschlag veröffentlichten.¹⁸ Am 28. Oktober 2009 stellte der Justizminister schließlich folgende Anfrage an die Gesetzgebungskommission im Justizministerium (*Hōsei shingi-kai*):

Unter den Gesichtspunkten, die Regelungen des Schuldrechts im Zivilgesetz als dem grundlegenden Gesetz des Zivilrechts dem Wandel von Gesellschaft und Wirtschaft seit der Verabschiedung des Gesetzes anzupassen und es für die allgemeine Bevölkerung verständlich zu machen, wird eine Revision mit dem Schwerpunkt auf den eng mit dem alltäglichen Leben und der wirtschaftlichen Aktivität der Bevölkerung verknüpften Regelungen des Vertragsrechts für notwendig gehalten. Daher wird um die Vorlage eines entsprechenden Konzepts gebeten.¹⁹

Darauf wurde innerhalb der Gesetzgebungskommission ein Zivilrechtsreformausschuss (*Minpō saiken kankei bukai*) gebildet, der im November 2009 die Beratungen aufnahm. Der Ausschuss unter der Leitung von *Kaoru Kamata*, Präsident der Waseda-Universität, setzt sich aus 37 Mitgliedern zusammen, darunter 18 Universitätsprofessoren, fünf Ministeriumsvertreter, vier Vertreter der Anwaltsverbände, vier Vertreter der Justiz, sowie jeweils ein Vertreter von Gewerkschafts- bzw. Verbraucherverbänden sowie des Legislativbüros des Kabinetts.²⁰

15 T. UCHIDA, *Ima naze saiken-hō kaisei ka?* [Warum jetzt eine Schuldrechtsreform?], in: *New Business Law* 871 (2007) 17 f.

16 UCHIDA (Fn. 15) 17.

17 Vgl. N.N., *Saikenhō bappon kaisei e* [In Richtung auf eine radikalen Schuldrechtsreform], *Nihon Keizai Shinbun*, 4.1.2006, 1.

18 MINPŌ SAIKENHŌ KAISEI KENTŌ I'INKAI [Beratungskommission für eine Reform des Zivilgesetzes (Schuldrecht)], *Saikenhō kaisei no kihon hōshin* [Grundlegender Plan für eine Schuldrechtsreform], in: *Bessatsu New Business Law* 126 (2009) bzw. MINPŌ KAISEI KENKYŪ-KAI [Forschungsgruppe für eine Reform des Zivilgesetzes], *Minpō kaisei kokumin hōsō gakkai yūshi-an kari-an no teiji* [Vorlage eines vorläufigen Entwurfs zur Reform des Zivilgesetzes durch Bürger, Justiz und Wissenschaft], in: *Hōritsu Jihō (Zōkan)* (2009).

19 88. Anfrage des Justizministers an die Gesetzgebungskommission des Justizministeriums, <http://www.moj.go.jp/content/000005084.pdf> (zuletzt aufgerufen 17.2.2014), eigene Übersetzung des Verfassers.

20 Liste der Mitglieder des Zivilrechtsreformausschusses, <http://www.moj.go.jp/content/000114162.pdf> (zuletzt aufgerufen 17.2.2013).

Der erste Beratungsabschnitt erstreckte sich über 26 Sitzungen, in denen zunächst die zu diskutierenden Punkte ausgearbeitet wurden. Ergebnis dieses ersten Abschnitts war der Zwischenbericht über die Diskussionspunkte (*chūkanteki na ronten seiri*)²¹, der nach Verzögerungen in Folge der Dreifachkatastrophe vom 11. März 2011 schließlich im Mai 2011 veröffentlicht wurde. Dieser Zwischenbericht konkretisiert die zu erörternden Punkte, legt die Struktur der folgenden Beratungen fest und enthält bereits Meinungen und Argumente bezüglich der vorgeschlagenen Regelungsmodelle.

Nachdem im Rahmen eines öffentlichen Kommentierungsverfahrens Meinungen aus Wissenschaft und Praxis eingeholt worden waren, begann sodann im Juli 2011 der zweite Abschnitt des Beratungsverfahrens. Ziel war die Ausarbeitung eines Zwischenentwurfs (*chūkan shian*), der im Februar 2013 veröffentlicht wurde. Dieser enthält erstmals Entwürfe konkreter Regelungen und Formulierungen. Nannte der Zwischenbericht über die Diskussionspunkte noch derer 550, wurden mehr als die Hälfte der Punkte im Laufe des zweiten Beratungsabschnitts fallen gelassen, weil ein Konsens innerhalb des Ausschusses nicht abzusehen war. Eingang in den Zwischenentwurf fanden daher letztendlich nur 260 Punkte. Ergänzend zu den Formulierungsvorschlägen enthält der Zwischenentwurf in einigen Fällen zudem abweichende Meinungen oder Alternativformulierungen.

Nach dem Abschluss eines erneuten öffentlichen Kommentierungsverfahrens im Juni 2013 findet im Folgenden auf Basis des Zwischenentwurfes und der eingereichten Kommentare der dritte und letzte Beratungsabschnitt des Ausschusses statt. Ziel ist die Ausarbeitung eines Reformkonzepts (*kaisei yōkō-an*), der nach erneuter Beratung durch die Gesetzgebungskommission entsprechend der Anfrage des Justizministers diesem vorgelegt wird.

Der Gesetzentwurf, der zur Entscheidung ins Parlament eingebracht wird, wird aller Voraussicht nach auf diesem Reformkonzept basieren. Die Bedeutung des Zwischenentwurfs für das endgültige Ergebnis des Reformprozesses ist daher hoch. Auch wenn in vielen Punkten noch keine Einigkeit innerhalb des Ausschusses erzielt wurde, ist doch davon auszugehen, dass er bereits Schlüsse über das zukünftige Gesicht des japanischen Schuldrechts zulässt und ein Großteil der Regelungen des Zwischenentwurfes in der vorgeschlagenen oder zumindest in ähnlicher Form Bestandteil des Zivilgesetzes nach Abschluss der Reform sein wird.²²

21 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS, *Minpō (saiken kankei) no kaisei ni kansuru chūkanteki na ronten seiri* [Zwischenbericht über die Diskussionspunkte bezüglich der Reform des Zivilgesetzes (Schuldverhältnisse)], <http://www.moj.go.jp/content/000074384.pdf> (zuletzt aufgerufen 17.2.2014).

22 TSUTSUI (Fn. 3) 8.

3. *Motive der Reform*

Wie bereits aus der Anfrage des Justizministers an die Gesetzgebungskommission deutlich wird,²³ lassen sich zwei Hauptmotive für die Reform des Schuldrechts benennen: Zum einen soll sichergestellt werden, dass das Zivilgesetz zu einem gewissen Grad einen Schluss auf die tatsächliche Rechtslage zulässt und für die Bürger verständlich ist. Zum anderen soll das Schuldrecht modernisiert und den Entwicklungen seit Inkrafttreten des Gesetzes Ende des 19. Jahrhunderts angepasst werden.

a) *Verständlichkeit*

Aus der oben beschriebenen, in der Entstehungsgeschichte des Zivilgesetzes begründeten Abstraktheit sowie den wenigen bisher durchgeführten Reformen ergibt sich, dass die tatsächliche Rechtslage sich aus dem reinen Gesetzestext ohne Konsultation von Präzedenzfällen der Rechtsprechung und zivilrechtlicher Nebengesetze nicht wirklich ableiten lässt. Dies gilt selbst für auf Gebiete abseits des Zivilrechts spezialisierte japanische Juristen und umso mehr für in anderen Rechtsordnungen ausgebildete Juristen und die juristischen Laien.²⁴

Als ein gemeinsames Ziel der zahlreichen Reformen von Gesetzen auf diversen Gebieten sowie des juristischen Ausbildungssystems seit Beginn der 1990er Jahre lässt sich die Transformation Japans von einer durch paternalistische Ex-ante-Kontrolle von Seiten des Staates regulierte Gesellschaft zu einer solchen, in der Konflikte mittels vom Staat bereitgestellter Ex-post-Rechtsmittel gelöst werden, benennen. Notwendig für einen solchen Wandel ist, dass Parteien ihre Rechte vermehrt aus eigener Initiative heraus einfordern, statt sich auf die vorherige Kontrolle des Staates zu verlassen. Dies wiederum setzt verständliche Gesetze voraus. Teil dieses Vorhabens ist auch, das auch für alltägliche Geschäfte der allgemeinen Bevölkerung elementare Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse von einem nur für Spezialisten verständlichen zu einem auch für den juristisch nicht gebildeten Bürger aussagekräftigen Gesetz zu machen.²⁵ Eine gesteigerte Verständlichkeit ist nicht nur im Interesse des Bürgers in der Rolle des Verbrauchers, sondern verspricht auch eine geringere Abhängigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen ohne eigene Rechtsabteilung von anwaltlichem Rat, was zu niedrigeren Kosten und einer höheren Konkurrenzfähigkeit führen und so auch die japanische Wirtschaft im Ganzen stärken soll.²⁶

Der Reformausschuss hat in seinen ersten Sitzungen die Absicht formuliert, eine bessere Verständlichkeit des Schuldrechts durch folgende Maßnahmen zu erreichen: Zum

23 Vgl. o. II.2.

24 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS, *Minpō (saiken kankei) no kaisei no hitsuyō-sei to ryūi-ten* [Die Notwendigkeit und zu berücksichtigende Punkte der Reform des Zivilgesetzes (Schuldverhältnisse)], <http://www.moj.go.jp/content/000023323.pdf> (zuletzt aufgerufen 17.2.2014) 1.

25 UCHIDA (Fn. 15) 76.

26 UCHIDA (Fn. 8) 216 f.

einen sollen etablierte Grundsätze der Rechtsprechung, sofern diese vom gegenwärtigen Wortlaut des Gesetzes abweichen, diesen einschränken oder über ihn hinausgehen, kodifiziert werden.²⁷ Des Weiteren sollen bei der Kodifizierung des Zivilrechts für selbstverständlich erachtet und daher nicht ausdrücklich festgeschriebene Grundsätze wie beispielsweise das Erlöschen des Schuldverhältnisses durch Leistung im Gesetzestext klargestellt werden.²⁸ Zudem sollen die konkreten Auswirkungen abstrakt formulierter Grundsätze des Zivilgesetzes präzisiert werden.²⁹ Beispiel ist der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 1 Abs. 2 ZG), dessen durch die Rechtsprechung herausgebildete konkrete Implikationen aus dem reinen Gesetzeswortlaut³⁰ nicht herauszulesen sind.

Ein weiterer denkbarer Schritt wäre die Eingliederung schuldrechtlich relevanter Spezialgesetze in das Zivilgesetz³¹, wie es etwa in Deutschland durch die Eingliederung des AGB-Gesetzes, des Fernabsatzgesetzes und anderer Nebengesetze in das BGB im Rahmen der Schuldrechtsreform 2002 geschah. Diesbezügliche Absichten lässt der Reformausschuss allerdings nicht erkennen.

b) Modernisierung

Zweites Hauptziel ist die Modernisierung des seit mehr als 110 Jahren in seinem Wortlaut weitgehend unveränderten Schuldrechts und die Anpassung an seither erfolgte gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklungen. Geschaffen werden soll ein Schuldrecht, das den Anforderungen eines modernen Wirtschaftslebens entspricht, einen höheren Grad an Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit gewährleistet und so effektiven Austausch von Leistungen ermöglicht.³²

So sollen Phänomene, die zum Zeitpunkt der Kodifikation des Zivilgesetzes noch nicht existierten oder nicht als Gegenstand gesetzlicher Regelung wahrgenommen wurden, Aufnahme ins Zivilgesetz finden. Ein Beispiel sind Allgemeine Geschäftsbedingungen, die – wenn auch bereits existent – von der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts nicht als Problem wahrgenommen wurden und somit bis heute nicht gesetzlich geregelt sind. Die diesbezüglichen Bemühungen sollen in dieser Arbeit noch ausführlich dargestellt werden.

Gegenstand der Debatte um die Modernisierung des Schuldrechts ist zudem das dem Zivilgesetz zugrundeliegende Menschenbild. Das japanische Zivilgesetz orientiert sich diesbezüglich an den Entwürfen des BGB, dessen Verfasser geprägt vom wirtschaftlichen Liberalismus den „freien und gleichen, vernünftigen und selbstverantwortlichen

27 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 24) 1.

28 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 24) 1 f.

29 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 24) 2.

30 „Die Ausübung von Rechten und die Erfüllung von Pflichten müssen nach Treu und Glauben erfolgen“, Art. 1 Abs. 2 ZG, Übersetzung nach A. ISHIKAWA/I. LEETSCH, Das japanische BGB in deutscher Sprache (Köln et al. 1985) 1.

31 UCHIDA (Fn. 25) 78.

32 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 24) 2.

Bürger, der sich selbst zu helfen weiß³³, vor Augen hatten. Dass dieses Idealbild den Gegebenheiten des aktuellen Wirtschaftslebens, in dem sich in einem Großteil der Fälle eben nicht gleichberechtigte Geschäftspartner auf Augenhöhe begegnen, um einen den Interessen beider Parteien gleichermaßen entsprechenden Vertragsinhalt aushandeln, nicht entspricht, ist offensichtlich. Bei der Frage, in welcher Form diese Veränderungen ihren Niederschlag im reformierten Schuldrecht finden sollen, wurde unter anderem die Einführung der Konzepte des Unternehmers und des Verbrauchers diskutiert. Beispielsweise folgt der Entwurf der *Kentō i'inkai* diesem Konzept und nimmt ähnlich dem deutschen BGB in seiner gegenwärtigen Fassung eine Unterscheidung zwischen Verbrauchern und Unternehmern vor, definiert diese eingangs und trifft Sonderregelungen für Verbraucherverträge, etwa was die Nichtigkeit unfairer Klauseln betrifft.³⁴ Der Zwischenentwurf des Reformausschusses folgt diesem Vorschlag allerdings nicht und verwendet die Konzepte von Verbraucher und Unternehmer nur in einem geringen Teil der vorgeschlagenen Vorschriften. So finden sich beispielsweise in den im Folgenden näher behandelten Vorschriften zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Gegensatz etwa zum deutschen Recht, das in § 310 BGB die grundsätzlichen Regelungen zur AGB-Kontrolle für Verträge zwischen Unternehmern zumindest in gewissem Maße modifiziert, oder zum Vorschlag der *Kentō i'inkai* keinerlei Differenzierungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern.

Ein weiterer Aspekt der Modernisierung des Schuldrechts ist die Harmonisierung mit internationalem Handelsrecht, insbesondere mit dem Wiener UN-Kaufrecht (CISG), dem Japan im Jahre 2008 (mit Wirkung zum 1. August 2009) nach langer Zurückhaltung beigetreten ist, sowie den UNIDROIT-Grundregeln für Internationale Handelsverträge.³⁵ Eine Annäherung des nationalen Zivilrechts an diese Regelwerke soll die Hindernisse bei der Aufnahme und Pflege internationaler Handelsbeziehungen für japanische Unternehmen beseitigen und so die Wettbewerbsfähigkeit der japanischen Wirtschaft steigern.³⁶

Zudem soll ein modernes und besser verständliches Schuldrecht auch die Akzeptanz des japanischen Rechts durch ausländische Geschäftspartner bei internationalen Transaktionen unter Beteiligung japanischer Unternehmen steigern. Das japanische Recht gilt vielen ausländischen Unternehmen als „schwer verständliche Black Box“³⁷, die als anwendbares Recht nicht in Frage kommt. Diese Ablehnung zu bekämpfen und das japanische Recht zu einer attraktiven Alternative bei der Rechtswahl im internationalen Geschäftsverkehr aufzuwerten, ist im Interesse japanischer Unternehmen, die bei einer

33 K. SCHELLHAMMER, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen (8. Aufl., Heidelberg 2011) 6 f.

34 MINPŌ SAIKEN-HŌ KAISEI KENTŌ I'IN-KAI (Fn. 18) 112 ff.

35 UCHIDA (Fn. 25) 78 ff.

36 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 24) 6 f.

37 N. KASHIWAGI, *Senmon-ka no uchimuki o haishita keiyaku-hō: Sekai kyōtsū-ka e no zenshin ga daiji* [Ein Vertragsrechts, das die Introversion der Experten verwirft: Die Wichtigkeit eines Schrittes in Richtung einer weltweiten Vereinheitlichung], in: Business Law Journal 8 (2011) 58.

Anwendung des Heimatrechts auf internationaler Ebene Risiken besser und kostensparender beurteilen könnten, als dies bei der Anwendung fremder Rechtsordnungen der Fall ist.³⁸

Zielsetzung der Zivilrechtsreformausschusses ist es, sich bei der Modernisierung nicht nur auf gegenwärtig akute Mängel zu beschränken, sondern durch eine umfassende Revision aller Teile des Schuldrechts zum einen ein einheitliches System ohne Widersprüche oder Konflikte zwischen einzelnen Rechtsinstituten innerhalb des Schuldrechts und zum anderen ein Gesetz zu schaffen, das auch zukünftigen Entwicklungen „der nächsten fünfzig bis hundert Jahre“ gewachsen ist.³⁹

4. *Inhalte der Reform*

Der Zwischenentwurf des Reformausschusses schlägt Änderungen im Bereich des Allgemeinen Teils des Zivilgesetzes und im Allgemeinen Schuldrecht sowie im Allgemeinen und Besonderen Vertragsrecht vor. Nicht Gegenstand der Reform sind die Vorschriften zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen.

Der Zwischenentwurf gliedert sich in 46 Themenbereiche, von denen im Folgenden einige genannt werden sollen, um ein Bild vom Gegenstand der Reform zu vermitteln. So, wie im bisherigen Verlauf der Beratungen Gegenstände fallengelassen wurden, weil eine Einigung innerhalb des Ausschusses nicht möglich war, kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass am Ende der Ausschussarbeit der Verzicht auf Änderungsvorschläge auf einigen dieser Gebiete steht.

Die im Zwischenentwurf vorgesehenen Änderungen des Allgemeinen Teils betreffen vor allem die Regelungen bzgl. der Rechtsgeschäfte (Artt. 90 bis 137) und der Verjährung (144 bis 174). Vorgeschlagen werden Änderungen bzw. Ergänzungen bezüglich folgender Punkte: Definition des Rechtsgeschäftes, Sittenwidrigkeitsverbot, Willensfähigkeit, Wirksamkeit und Willensmängel von Willenserklärungen, Vertretung, Nichtigkeit und Anfechtung sowie Bedingungen. Zudem wird eine umfassende Umgestaltung der Regelungen zur Verjährung vorgeschlagen.

Im Allgemeinen Schuldrecht (Artt. 399 bis 520) sieht der Zwischenentwurf Änderungen, Streichungen, Ergänzungen und Klarstellungen vor. Beispielhaft für die zahlreichen von den Änderungen umfassten Institute seien hier die Forderungsabtretung, die Bürgschaft und die Aufrechnung genannt.

Im Allgemeinen Vertragsrecht (Artt. 521 bis 548) formuliert der Entwurf Vorschriften zu Grundsätzen des Vertragsrechts, zu vorvertraglichen Pflichten, zum Vertragsschluss, zur Vertragsauslegung, zu Verträgen zu Gunsten Dritter, zu Störungen der Geschäftsgrundlage, zur Unsicherheitseinrede sowie zur Kündigung von Dauerschuldverhältnis-

38 M. ŌTA, *Minpō sho no bappon kaisei e: Torihiki kokusai-ka e taiō kyūmu* [In Richtung auf eine erste radikale Reform des Zivilgesetzes: Die dringende Aufgabe einer Anpassung an die Internationalisierung des Handels], in: *Nihon Keizai Shinbun*, 29. Juli 2011, 29.

39 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 24) 3.

sen. Auch die Vorschriften zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen ordnet der Zwischenentwurf im Allgemeinen Vertragsrecht ein.

Schließlich sind im Bereich der Besonderen Schuldverhältnisse (Artt. 521 bis 696) eine umfassende Neufassung des Kaufrechts sowie Änderungen der Regelungen zum Schenkungsvertrag, zum Darlehensvertrag, zum Mietvertrag, zur Leihe, zum Werkvertrag, zum Auftrag, zum Dienstvertrag, zum Verwahrungsvertrag, zum Gesellschaftsvertrag, zur Leibrente sowie zum Vergleich vorgesehen. Der Zwischenentwurf enthält somit Änderungen zu allen im Zivilgesetz geregelten Vertragstypen.

III. ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN: BESCHREIBUNG DES PHÄNOMENS UND RECHTLICHER FRAGESTELLUNGEN

Es sind zahlreiche Wege denkbar, Allgemeine Geschäftsbedingungen zu definieren. Eine gesetzliche Definition findet sich im japanischen Recht gegenwärtig nicht. Kennzeichnend und wohl allen denkbaren Definitionen gemein ist jedenfalls das Merkmal, dass der Inhalt der Bestimmungen nicht durch Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien zustande kommt, sondern bereits im Voraus des Vertragsschlusses durch den Verwender oder einen Dritten festgelegt wird (für das deutsche Recht siehe § 305 BGB).

Verknüpft ist das Aufkommen des Phänomens der Vertragsgestaltung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen mit der Industriellen Revolution des 19. Jahrhunderts. Mit der Standardisierung der Produktion von Waren und Leistungen fand auch eine Standardisierung der vertraglichen Bedingungen statt, zu denen diese Waren und Leistungen abgesetzt wurden.⁴⁰ In quasi allen Bereichen des Wirtschaftslebens ist die vorherige Festlegung der Vertragsinhalte durch eine Partei mittlerweile gebräuchlich. Abgesehen von Bargeschäften über den Kauf von Waren des täglichen Gebrauchs ist die Verwendung von AGB heute die übliche Vorgehensweise bei einem überwiegenden Teil der Vertragsschlüsse – nicht lediglich beschränkt auf Verbraucherverträge, sondern auch im Falle von Verträgen zwischen Unternehmern.⁴¹

Die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ermöglicht es dem Verwender, das Vertragsverhältnis zu allen Kunden auf gleiche Weise zu gestalten, ohne dabei Zeit und Kosten aufzuwenden zu müssen, um die Verträge individuell auszuhandeln. Für den Fall von Konflikten bei der Vertragsanwendung können mit geringem Aufwand konkrete und auf die Natur der versprochenen Leistungen abgestimmte Regelungen getroffen werden, die das andernfalls anzuwendende dispositiven Recht nicht bereitzustellen vermögen. Dies gilt umso mehr für neuartige Vertragstypen, auf deren Entstehung der Gesetzgeber noch nicht reagiert hat. Ermöglicht wird dem Verwender also eine Rationalisie-

40 J. BASEDOW, in: Rixecker/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (6. Aufl., München 2012) vor § 305, Rn. 1.

41 BASEDOW (Fn. 40) vor § 305, Rn. 1.

zung der Geschäftsabwicklung.⁴² Diese kommt im Ergebnis auch der anderen Partei zugute. Zum einen erspart es ihr die Zeit und Mühen, beim Vertragsschluss sämtliche Klauseln im Einzelnen auszuhandeln, die über die wesentlichen Vertragsinhalte hinausgehen und bei denen die Wahrscheinlichkeit, dass sie im konkreten Einzelfall tatsächlich zur Anwendung kommen, nur gering ist. Zum anderen werden Kosten eingespart, die dem Verwender durch eine individuelle Aushandlung der Vertragsinhalte entstünden und zumindest in Teilen auf die andere Partei abgewälzt würden. Es ist aus diesen Gründen also in vielen Fällen für beide Vertragsparteien wirtschaftlich vorteilhaft und sinnvoll, den Vertrag unter den vom Verwender gestellten Bedingungen abzuschließen.

Aus der Tatsache, dass der Vertragsschluss unter Verwendung von AGB sich vom klassischen Vertragsschluss, bei dem die Vertragsparteien alle Inhalte im Einzelnen aushandeln und sich über sie einigen, unterscheidet, ergeben sich jedoch einige rechtliche Fragestellungen, die im Folgenden skizziert werden sollen.

1. Bindungswirkung

Problematisch ist zum einen die Frage, wie es zu rechtfertigen ist, dass der Inhalt Allgemeiner Geschäftsbedingungen auch Inhalt des entsprechenden Vertrages wird und rechtliche Bindungswirkung gegenüber den Parteien entfaltet.

Beim Vertragsschluss unter Verwendung von AGB ist es der Regelfall und unter dem Gesichtspunkt der oben beschriebenen Rationalisierungswirkung auch gewollt, dass die andere Partei vom Inhalt der vom Verwender gestellten, oft langen, detaillierten und schwer verständlichen AGB nur flüchtig oder überhaupt keine Kenntnis nimmt. Grundsätzlich werden allerdings nur solche Inhalte auch Bestandteil eines Vertrages, über die sich die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses einig sind.

Erstens stellt sich also die Frage, wie dieser Widerspruch mit einem Grundsatz des Vertragsrechts zu lösen und die Wirksamkeit von Bestimmungen, von deren Inhalt mindestens eine der beiden Vertragsparteien keinerlei Kenntnis hat, dogmatisch zu begründen ist. Zweitens stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen zu erfüllen sind, um den Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Einzelfall rechtlich bindende Wirkung zukommen zu lassen, und inwiefern der Inhalt der Bestimmung Einfluss auf deren Bindungswirkung hat – etwa, wenn er für die andere Partei überraschend ist.

2. Schutz der anderen Partei vor Benachteiligung (Inhaltskontrolle)

Die möglicherweise wichtigste Fragestellung im Zusammenhang mit Verträgen unter der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist, wie zu gewährleisten ist, dass die Interessen der anderen Partei gegenüber dem Verwender gewahrt bleiben und eine unangemessene Benachteiligung vermieden werden kann. Da AGB vom Verwender einseitig formuliert und festgelegt werden, ist es einleuchtend, dass sie in aller Regel eher den In-

42 BASEDOW (Fn. 40) vor § 305, Rn. 1.

teressen des Verwenders entsprechen als denen des Vertragspartners. Zu der Frage, warum man die Lösung dieses Problems nicht den Vertragsparteien selbst, die durch Abschluss- und Inhaltsfreiheit die Möglichkeit haben, den Vertrag zu anderen Bedingungen oder überhaupt nicht abzuschließen, überlässt, sondern ein regulierendes Eingreifen von staatlicher Seite für nötig befindet, werden insbesondere zwei Ansätze vertreten.

a) *Begründung: Machtgefälle*

Der klassische Ansatz stellt auf die Kräfteverhältnisse zwischen Verwender und anderer Partei ab und begründet die Notwendigkeit einer Inhaltskontrolle mit der Annahme, dass sich Letzterer durch geringere Erfahrung und Sachkenntnisse in einer schlechteren Verhandlungsposition befinde und so als schwächere Partei zu schützen sei.⁴³ Es bestehe also regelmäßig ein Machtungleichgewicht zwischen beiden Parteien, das zu ungerechten Vertragsinhalten führe und der Korrektur durch eine Inhaltskontrolle bedürfe. Der Ansatz des Schutzes der schwächeren Partei ist unter anderem die Grundlage der Richtlinie 93/13/EWG, die den Schutz des Verbrauchers vor „Machtmissbrauch des Verkäufers oder des Dienstleistungserbringers“⁴⁴ zum Ziel hat.

Folgt man diesem Ansatz, lässt sich jedoch nur schwer begründen, warum individuell ausgehandelte Klauseln – wie etwa im deutschen (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB) oder im europäischen Gemeinschaftsrecht (Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 93/13/EWG) – aus dem Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle ausgenommen sein sollten. Schließlich bestünde auch hier die Gefahr, dass der Verwender seine überlegenen Kenntnisse und Erfahrungen dazu nutzt, die andere Partei unangemessen benachteiligende Vertragsinhalte auszuhandeln. Es zeigt sich zudem, dass auch in Konstellationen, in denen von einem Gleichgewicht der Kenntnisse und Fähigkeiten zwischen den Vertragsparteien auszugehen ist – wie im Regelfall beim Vertragsschluss zwischen Unternehmern – ungerechte Inhalte Eingang in den Vertrag finden. So stammt ein erheblicher Teil der vom deutschen Bundesgerichtshof im Zuge der Inhaltskontrolle für nichtig erklärten AGB-Bestimmungen aus Verträgen zwischen Unternehmern.⁴⁵ Diese Beobachtung legt nahe, dass der Grund für die Einbeziehung unangemessen benachteiligender Klauseln nicht in der sozialen oder intellektuellen Überlegenheit des Verwenders liegt.

b) *Begründung: Marktversagen*

Ein anderer Ansatz erklärt das Erfordernis einer Inhaltskontrolle daher stattdessen mit einem partiellen Marktversagen beim Vertragsschluss unter der Verwendung von AGB. Das Problem der Bereitstellung unangemessener AGB durch einige Verwender müsste

43 T. DRYGALA, *Unfair Contract Terms in Business to Business Transactions*, in: Drygala et al. (Hrsg.), *Private Autonomy in Germany and Poland and in the Common European Sales Law* (München 2012) 40 f.

44 Erwägungsgründe Richtlinie 93/13/EWG.

45 DRYGALA (Fn. 43) 43.

sich auch ohne staatliches Eingreifen lösen, wenn man davon ausgehen könnte, dass die Konkurrenz zwischen verschiedenen Anbietern ähnlicher Güter dazu führt, dass Vertragspartner Anbieter mit für sie vorteilhafteren AGB vorziehen und somit die Gerechtigkeit der Vertragsinhalte durch die Mechanismen des Marktes gewährleistet wird. Es zeigt sich jedoch, dass selbst in Branchen, in denen ein starker Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern herrscht und somit für den Vertragspartner die Möglichkeit des Ausweichens zu anderen Anbietern an und für sich bestünde, AGB in aller Regel ohne Widerspruch hingenommen werden.⁴⁶ Grund, so dieser Erklärungsansatz, ist ein partielles Marktversagen aufgrund eines Motivations- und Informationsgefälles zwischen dem Verwender und der anderen Partei: Für Ersteren ist es rational, finanziellen und zeitlichen Aufwand zu betreiben, um seine AGB so vorteilhaft wie möglich zu gestalten und möglichst viele Risiken auf seine Vertragspartner abzuwälzen, da er durch eine einmalige Formulierung das Verhältnis zu einer Vielzahl von Vertragspartnern zu seinen Gunsten beeinflussen kann und ihm „kundenfreundlichere“ AGB aufgrund der schwierigen Vergleichbarkeit kaum einen Wettbewerbsvorteil verschaffen würden. Für Letzteren stellt es dagegen einen unverhältnismäßigen Aufwand dar, durch Verhandlungen eine Änderung der AGB zu erwirken oder einen Vergleich mit den AGB konkurrierender Anbieter anzustellen, um zu einem Anbieter auszuweichen, der günstigere AGB bereitstellt. Zum einen ist es ohne Detailkenntnisse und erheblichen zeitlichen Aufwand schwierig zu beurteilen, welche AGB vorteilhafter sind. Zum anderen ist die Wahrscheinlichkeit, dass etwa AGB-Klauseln zur Gewährleistung im Falle eines Mangels oder zur Rückabwicklung im Falle eines Rücktritts im konkreten Einzelfall tatsächlich zur Anwendung kommen, eher gering. Für die andere Partei ist es daher rational, die AGB ungelesen zu akzeptieren, statt Zeit und Geld in Verhandlungen oder einen Vergleich mit anderen Anbietern zu investieren. Ein Wettbewerb mit anderen Anbietern unter Einschluss der verwendeten AGB findet also nicht statt.⁴⁷

c) Fazit

Da die Theorie des partiellen Marktversagens nicht auf die „Stärke“ oder „Schwäche“ der Vertragsparteien, sondern auf die Transaktionskosten, die diesen bei den Vertragsverhandlungen entstehen, abstellt, vermag sie sie zu erklären, warum es auch zwischen Vertragspartnern mit annähernd gleicher Verhandlungsstärke – wie etwa in B2B-Konstellationen – dazu kommt, dass Bestimmungen Eingang in den Vertrag finden, die die andere Partei übermäßig benachteiligen. Sie begründet überzeugender als der klassische Ansatz des Machtgefälles zwischen den Parteien, warum ausgerechnet im Falle von AGB eine Inhaltskontrolle nötig ist. Gleichgültig, welchem der beiden Ansätze man folgt, stellt sich dem Staat die Aufgabe, den Inhalt Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu kontrollieren, um die Gerechtigkeit der Vertragsinhalte, die durch die Parteien selbst

46 BASEDOW (Fn. 40) vor § 305, Rn. 5.

47 BASEDOW (Fn. 40) vor § 305, Rn. 6.

nicht gewährleistet wird, auf anderem Wege sicherzustellen. Ferner stellt sich die Frage, mit welchen Mitteln dies erreicht werden kann.

3. *Das Problem der Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Vertragsschluss*

Bei Dauerschuldverhältnissen kann sich durch eine Änderung der Rechts- oder Wirtschaftslage oder neue technologische Entwicklungen für den Verwender die Notwendigkeit ergeben, die Vertragsinhalte entsprechend den neuen Gegebenheiten anzupassen. Im Falle eines klassischen Vertrages wäre zu diesem Zwecke regelmäßig ein Änderungsvertrag, also eine erneute Einigung aller Vertragsparteien über die geänderten Vertragsinhalte nötig. Im Falle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann es sich allerdings angesichts der möglicherweise sehr großen Zahl der Vertragspartner für den Verwender äußerst schwierig gestalten, die Zustimmung aller Vertragspartner zu erreichen. Der Verwender wird aus Gründen der Einheitlichkeit in der Regel ein großes Interesse haben, seine AGB nicht nur gegenüber einem Teil, sondern gegenüber allen Vertragspartnern in gleicher Weise zu ändern.⁴⁸

Aus diesen Überlegungen ergibt sich die Frage, ob man die Anforderungen an eine nachträgliche Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gegenüber jenen an eine Änderung klassischer Verträge herabsetzen oder gar eine einseitige Änderung ohne Mitwirken der anderen Partei ermöglichen sollte, und, wenn ja, an welche Voraussetzungen dies zu knüpfen wäre.

IV. ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN: GEGENWÄRTIGE RECHTSLAGE IN JAPAN

1. *Definition*

Da gesetzliche Regelungen bezüglich Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Zivilgesetz gegenwärtig nicht vorhanden sind, existiert dort auch keine Legaldefinition des Begriffs. Auch in den Spezialgesetzen, in denen der Begriff verwendet wird, wird er nicht definiert. In der Literatur werden jedoch diverse Definitionen vorgeschlagen, von denen hier beispielhaft drei genannt werden sollen. *Ōmura* definiert AGB knapp als „von einer Vertragspartei im Voraus angefertigte standardisierte Vertragsbestimmungen“⁴⁹ und umfasst somit auch solche Bestimmungen, die im Zuge einer späteren Vertragsverhandlung Gegenstand einer ausdrücklichen Einigung werden. *Shiomi* schlägt eine Definition als „zur einheitlichen Verwendung für eine Vielzahl von Geschäften durch einen Unter-

48 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS, *Minpō (saiken kankei) no kaisei ni kansuru ronten no kentō (14)* [Untersuchung der Diskussionspunkte betreffend die Reform des Zivilgesetzes (Schuldverhältnisse) (14)], <http://www.moj.go.jp/content/000099450.pdf> (zuletzt aufgerufen 17.2.2014) 31.

49 A. ŌMURA, *Kihon minpō II: Saiken kakuron* [Grundlegendes Zivilrecht II: Besonderes Schuldrecht] (2. Aufl., Tōkyō 2005) 35.

nehmer angefertigte, im Voraus festgesetzte Vertragsbestimmungen“⁵⁰ vor und knüpft den Begriff der AGB an die Eigenschaft des Verwenders als Unternehmer. *Yamamoto* spricht von „von einer Vertragspartei zum Zwecke der allgemeinen und wiederholten Verwendung vorbereiteten Vertragsbestimmungen, die nicht Gegenstand einer Einigung im Zuge tatsächlicher Verhandlungen sind“⁵¹ und klammert so ausdrücklich Bestimmungen aus, die zwar Teil des vom Verwender vorbereiteten Vertragswerks sind, auf die sich die Parteien aber separat einigen.

Die vorgeschlagenen Definitionen sind unterschiedlich weit und stellen zu Teil auf völlig verschiedene Merkmale ab. Gemeinsam ist jedoch allen, dass sie nicht auf die Form oder den Umfang der Bestimmungen abstellen und damit deutlich extensiver sind als die herkömmliche Auffassung des Begriffs in Japan, die sich ähnlich dem deutschen Begriff des „Kleingedruckten“ im Wesentlichen auf von Unternehmen bereitgestellte, längere, schriftliche und von der eigentlichen Vertragsschrift separate Klauseln beschränkte.⁵² Die Bedeutung der hier vorgestellten Definitionsversuche geht jedoch nicht über die reine Diskussion in der Wissenschaft hinaus. Wie im Gesetz sind auch in der Rechtsprechung bis dato keine Bemühungen ersichtlich, die Voraussetzungen für eine Einstufung als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu problematisieren und den Begriff scharf von anderen, allgemeinen Vertragsinhalten abzugrenzen.

2. Bindungswirkung und Einbeziehung

Daran, dass es angesichts der oben beschriebenen Vorteile⁵³ für den Wirtschaftsverkehr grundsätzlich wünschenswert, wenn nicht gar unverzichtbar ist, dass die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ermöglicht wird, bestehen auch in der Rechtsprechung und juristischen Lehre in Japan keine Zweifel.⁵⁴ Eine gesetzliche Regelung, die festlegt, unter welchen Voraussetzungen AGB Bestandteil eines Vertrages werden, existiert allerdings nicht. Wie daher der oben geschilderte Konflikt mit Grundsätzen des Vertragsrechts aufzulösen und die Bindungswirkung von Klauseln, deren Inhalt der Vertragspartner in einem Großteil der Fälle nicht einmal zur Kenntnis nimmt, dogmatisch zu rechtfertigen ist, ist umstritten. Es haben sich zu dieser Frage mehrere Theorien herausgebildet, von denen die in der japanischen Rechtswissenschaft am häufigsten vertretenen im Folgenden dargestellt werden sollen.

50 Y. SHIOMI, *Minpō sōsoku kōgi* [Kurs Zivilgesetz Allgemeiner Teil] (Tōkyō 2005) 86.

51 Y. YAMAMOTO, *Yakkan* [Allgemeine Geschäftsbedingungen], in: Ōmura/Uchida (Hrsg.), *Jurisuto Zōkan: Minpō no sōten* [Jurisuto Sonderausgabe: Streitfragen des Zivilrechts] (Tōkyō 2007) 219.

52 YAMAMOTO (Fn. 51) 219.

53 Vgl. o. III.

54 S. WAGATSUMA et al., *Wagatsuma Ariizumi: Konmentāru minpō sōsoku/bukken/saiken* [Wagatsuma Ariizumi: Kommentar Zivilgesetz Allgemeiner Teil/Sachenrecht/Schuldrecht] (erweiterte Neuauflage, Tōkyō 2005) 955.

a) *Vertragstheorie*

Die Vertragstheorie (*keiyaku-setsu*) betrachtet Allgemeine Geschäftsbedingungen als Bestandteil des Vertrages und setzt als Grundlage ihrer Bindungswirkung daher – ebenso wie für andere, „normale“ Vertragsbestimmungen – eine Einigung zwischen den Parteien voraus. Sie gilt als die gegenwärtig herrschende Lehre in der Literatur.⁵⁵ Bezüglich der Natur dieser Einigung und der Anforderungen, die an sie zu stellen sind, werden unterschiedliche Variationen der Vertragstheorie vertreten.

Eine Mindermeinung innerhalb der Vertragstheorie verlangt unter Verweis auf den Schutz von Verbrauchern, die sich häufig in der Position der anderen Partei befinden, dass diese die einzelnen, in den AGB enthaltenen Bestimmungen vollständig zur Kenntnis nimmt, ihren Inhalt und ihre Bedeutung – falls nötig durch Erklärungen des Verwenders – versteht und daraufhin ihren Willen erklärt, diese zum Bestandteil des Vertrages zu machen. Vorausgesetzt wird ein vernünftiger Wille (*gōriteki ishi*) der anderen Partei.⁵⁶ Diese Variante der Vertragstheorie stellt also an die Einbeziehung von AGB keine geringeren Anforderungen als an andere Vertragsbestimmungen, vermeidet so Widersprüche mit den Grundsätzen der Vertragsrechts und stellt gleichzeitig den Schutz der anderen Partei sicher. Verlangte man von der anderen Partei, dass sie von jeder einzelnen Bestimmung der AGB Kenntnis nimmt, und vom Verwender, dass er dies durch Erklärungen sicherstellt, ginge die oben beschriebene Zeit- und Kostenersparnis und damit der wirtschaftliche Vorteil durch die Nutzung von AGB jedoch vollständig verloren. Derart strenge Anforderungen stehen im Widerspruch zur Praxis des Vertragsschlusses unter der Verwendung von AGB und nähmen diesem jede Bedeutung.

Dominierend ist daher die Ansicht, dass es genüge, wenn die Einigung zwischen den Vertragsparteien sich nicht auf den Inhalt der einzelnen Bestimmungen innerhalb der AGB bezieht, sondern lediglich auf die Verwendung der AGB als Ganzes. Die Bindungswirkung beruhe also auf einer bloßen Einbeziehungseinigung (*kumiireru gōi*).⁵⁷

Die Gleichstellung der Bestimmungen Allgemeiner Geschäftsbedingungen mit anderen Vertragsinhalten durch die Vertragstheorie hat den Vorteil, dass sie die Möglichkeit eröffnet, sie den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte und Verträge zu unterwerfen und auf diese Weise auszulegen oder für nichtig zu erklären, also eine Inhaltskontrolle von AGB eröffnet.⁵⁸ Allerdings wird die strengere Variante des vernünftigen Willens der Praxis nicht gerecht. Die Variante, die eine bloße Einigung über die Einbe-

55 YAMAMOTO (Fn. 51) 219.

56 J. NAGAO, *Shōhi-sha keiyaku ni okeru yakkan no kōsoku-ryoku* [Die Bindungswirkung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Verbraucherverträgen], in: *Jurisuto* 724 (1980) 80.

57 Y. SHIOMI, in: Igarashi/Taniguchi (Hrsg.), *Shinpan chūshaku Minpō (13): Saiken (4) keiyaku sōsoku* [Neuer Kommentar Zivilgesetz (13): Schuldverhältnisse (4) Verträge Allgemeiner Teil] (erweiterte Neuauflage, Tōkyō 2006) 182 f.

58 YAMAMOTO (Fn. 51) 219.

ziehung als Ganzes genügen lässt, vermag hingegen den Widerspruch der Wirksamkeit ohne Kenntnisnahme des Inhalts nicht auf befriedigende Weise aufzulösen.

b) *Theorie vom vermuteten Willen*

Die vor allem von der Rechtsprechung vertretene Theorie vom vermuteten Willen (*ishi suitei-setsu*) ist eine Variation der Vertragstheorie. Sie begründet die Bindungswirkung Allgemeiner Geschäftsbedingungen mit der widerleglichen Vermutung, dass die Parteien einen Vertrag auf Grundlage der vom Verwender gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen schließen wollen, ohne dass es dabei auf die Zustimmung oder auch nur Kenntnis der anderen Vertragspartei bzgl. des Inhalts konkreter Klauseln ankommen soll.

Die Theorie geht auf ein bis heute als Leitentscheidung geltendes Urteil des Reichsgerichtshofes (*Daishin'in*) aus dem Jahre 1915⁵⁹ zurück. Ein Versicherungsnehmer und Eigentümer eines Wohnhauses klagte auf Zahlung aus dem zwischen ihm und einer Versicherungsgesellschaft geschlossenen Feuerversicherungsvertrag, nachdem das betreffende Wohnhaus abgebrannt war. Die Versicherungsgesellschaft verneinte den Leistungsfall unter Hinweis auf eine Klausel in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen, die Schäden in Folge von Waldbränden ausschloss. Der Versicherungsnehmer hatte einen Versicherungsantrag ausgefüllt und mit seinem Namensstempel versehen. Das Antragsformular enthielt lediglich den Hinweis, dass der Versicherungsnehmer den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Versicherungsgesellschaft zustimme, ohne dass diese allerdings dem Antrag beigefügt waren oder anderweitig ausgehändigt oder verkündet worden waren.

Die erstinstanzliche Entscheidung⁶⁰ verurteilte die Gesellschaft zur Zahlung der Versicherungssumme und verneinte die Wirksamkeit der strittigen Klausel, da die andere Vertragspartei mangels Kenntnis über den Inhalt der Klausel keine Willenserklärung mit dem Inhalt, dieser zuzustimmen, abgegeben habe. In dieser Entscheidung kommt der Ansatz des klassischen Vertragsschlusses, von dessen Voraussetzungen auch im Falle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht abzuweichen sei, zum Ausdruck.

Der Reichsgerichtshof verwarf diese Argumentation und erklärte die Klausel für bindend. Selbst im Falle der Unkenntnis des Inhalts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei es „selbstverständlich“ anzunehmen, dass die andere Partei diese in den Vertrag mit einbeziehen wolle, soweit dieser Wille nicht widerlegt sei. In der Urteilsbegründung bezieht sich das Gericht auf das Vertrauen der anderen Partei, dass der Inhalt Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Bereich von Feuerversicherungen angemessen sei. Auch

59 Reichsgerichtshof v. 24.12.1915, in: Minroku 21, 2182, vgl. hierzu und zu den folgenden Fällen auch: ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS, *Minpō (saiken kankei) no kaisei ni kansuru chūkan-shian no hosoku setsumei* [Ergänzende Erläuterungen zum Zwischenentwurf zur Reform des Zivilgesetzes (Schuldverhältnisse)], <http://www.moj.go.jp/content/000110387.pdf> (zuletzt aufgerufen 17.2.2014) 366.

60 Vgl. Obergericht Tōkyō v. 17.03.1915, in: Shinbun 1011, 21.

wenn die Urteilsbegründung äußerst knapp ist, deutet sich hier zwar an, dass die Theorie vom vermuteten Willen nicht bei jedem Vertragstyp und nicht für jeden Klauselinhalt uneingeschränkt zur Wirksamkeit führen muss,⁶¹ allerdings finden sich nur wenige Urteile, die eine Widerlegung der Vermutung des Willens akzeptieren und eine Einbeziehung verneinen.⁶² Diese stammen vorwiegend von Distriktgerichten und sind in ihrer Begründung uneinheitlich. So finden sich Urteile, die die Verneinung der Einbeziehung mit dem mangelnden Bewusstsein der anderen Partei bzgl. des Klauselinhalts⁶³, mit der nicht erfolgten Bekanntgabe des Inhalts vor Vertragsschluss⁶⁴ oder mit dem überraschenden Inhalt der Bestimmung⁶⁵ begründen.

Das Urteil des Reichsgerichtshofs stellt die Leitentscheidung in der Frage der Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht nur auf dem Feld des Versicherungsvertrages dar. Die Rechtsprechung folgt in Fragen der Wirksamkeit von AGB noch heute der Theorie vom vermuteten Willen.⁶⁶

c) *Rechtssatztheorie*

Die Rechtssatztheorie (*hōki-setsu* oder auch *jichi-hō-setsu*) besagt, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen den Verwender und die andere Partei auch ohne entsprechende Einigung rechtlich binden, da es sich bei ihnen nicht um den Teil eines Vertrages, sondern um vom Verwender als Gesellschaft aufgestellte Rechtssätze handelt, denen innerhalb der Geschäftssphäre (*torihiki-ken*) dieser Gesellschaft eine gesetzesgleiche Wirkung zukommt. Eine Einigung der Parteien ist demnach verzichtbar.⁶⁷

Bereits auf dem Feld der Versicherungen, die man in ihrer Funktion, Risiken unter Versicherungsnehmern aufzuteilen, als Gesellschaft aller Versicherungsnehmer begreifen könnte, scheint diese Ansicht problematisch, da sie als Konsequenz der absoluten Wirkung von Rechtssätzen keinerlei Handhabe zur Inhaltskontrolle durch Vertragsauslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ließe.⁶⁸ Wenn man allerdings im Bestreben, zu einer allgemeingültigen Grundlage für die Wirkung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu gelangen, diese Gebiete wirtschaftlicher Betätigung verlässt und die Rechtssatztheorie auf andere Felder und Vertragstypen ausdehnt, erscheint es umso schwieriger, die Einstufung Allgemeiner Geschäftsbedingungen als Rechtssatz zu rechtfertigen. So leuchtet nicht ein,

61 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 366.

62 A. ISHIHARA, *Yakkan-hō no kiso riron* [Grundlegende Theorien des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen] (Tōkyō 1995) 168.

63 Distriktgericht Sapporo v. 30.3.1979, in: Hanrei Jihō 941, 111; vgl. hierzu und zu den folgenden Fällen auch: ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 366.

64 Distriktgericht Tōkyō v. 25.3.1982, in: Hanrei Taimuzu 473, 243.

65 Distriktgericht Yamaguchi v. 21.5.1987, in: Hanrei Jihō 1256, 86.

66 ISHIHARA (Fn. 62) 168.

67 ISHIHARA (Fn. 62) 170 ff.

68 J. LEE, *Futsū hoken yakkan ni taisuru kisei to kaishaku genri* [Grundsätze der Kontrolle und Interpretation Allgemeiner Versicherungsbedingungen], in: Jōchi Hōgaku Ronshū (2005) 12.

wie sich aus einem bilateralen Verhältnis wie etwa im Rahmen eines einfachen Kaufvertrages zwischen Verkäufer und Käufer eine „Gesellschaft“ konstruieren ließe.

Rein privaten Unternehmen die Kompetenz zur Schaffung von Rechtsvorschriften zuzugestehen, erscheint zudem problematisch.⁶⁹ In jenen Fällen, in denen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmter Wirtschaftszweige (bspw. öffentliche Gas- und Elektrizitätsversorgung⁷⁰) der behördlichen Genehmigung bedürfen, mag die Bejahung der Rechtssatznatur jener Vertragswerke, die dieses Verfahren durchlaufen und die behördliche Genehmigung erhalten haben, etwas leichter fallen. AGB, die nicht durch einen solchen staatlichen Hoheitsakt anerkannt wurden, als Rechtssatz einzustufen, kann jedoch kaum überzeugen.

Die Rechtssatztheorie kann die Bindungswirkung Allgemeiner Geschäftsbedingungen daher nicht zufriedenstellend rechtfertigen.

d) *Gewohnheitsrechtstheorie*

Die Gewohnheitsrechtstheorie (*shō-kanshū riron*⁷¹ oder auch *kanshū-setsu*⁷²) gelangt zum gewünschten Ergebnis der Bindungswirkung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, indem sie davon ausgeht, dass der Vertragsschluss unter deren Verwendung bei bestimmten Wirtschaftszweigen derart verbreitet ist, dass es als Handelsbrauch oder Gewohnheitsrecht angesehen werden kann, den Inhalt der Bestimmungen ggf. auch ohne Kenntnisnahme zum Vertragsinhalt zu machen. Über den Weg des Art. 92 Zivilgesetz, der die Anwendung von Gewohnheitsrecht im allgemeinen Teil des Zivilgesetzes verankert,⁷³ kommt die Gewohnheitsrechtstheorie so zum selben Ergebnis wie die Rechtsprechung, ohne dafür einen möglicherweise nicht vorhandenen Willen der anderen Partei konstruieren zu müssen. Grundlage und Voraussetzung für die Wirksamkeit der Bestimmung ist hier gerade nicht der Wille der Parteien.

In der Tat sind heute kaum mehr Vertragstypen denkbar, die regelmäßig durch individuelles Aushandeln aller Vertragsinhalte und gänzlich ohne die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zustande kommen. Die Klassifizierung der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen an sich als Gewohnheitsrecht vermag in zahlreichen Wirtschaftsbereichen daher durchaus zu überzeugen. Zweifelhaft ist aber, ob dies für alle Branchen und Vertragstypen gelten kann. Bei Verträgen über neuartige und noch nicht etablierte Leistungen von Anfang an von der Existenz eines entsprechenden Ge-

69 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 369.

70 Vgl. u. IV.3.a).

71 LEE (Fn. 68) 13.

72 M. GOTŌ, *Keiyaku-hō kōgi* [Kurs Vertragsrecht] (2. Aufl., Kōbe 2007) 131.

73 „Besteht eine von den nicht dem Schutz der öffentlichen Ordnung dienenden Gesetzes- oder Verordnungsvorschriften abweichende Verkehrssitte, so ist diese maßgebend, wenn anzunehmen ist, dass der Wille der am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien auf dieser beruht.“ Art. 92 ZG, Übersetzung nach ISHIKAWA/LEETSCH (Fn. 30) 18.

wohnheitsrechts auszugehen, erscheint problematisch.⁷⁴ Was in anderen Bereichen als Gewohnheitsrecht gelten kann, auch im Kontext einer gerade erst entstandenen Branche als Handelsbrauch einzustufen, ist schwierig.

Zudem ist zweifelhaft, ob ein solches Gewohnheitsrecht ganz ohne Rücksicht auf den Inhalt der Klauseln uneingeschränkt gelten kann. Die Konsequenz, einer vom Verwender einseitig festgelegten, im Verkehr völlig unüblichen – also aus Sicht der anderen Partei gerade ungewohnten – Klausel unter Verweis auf Gewohnheitsrecht bindende Wirkung zuzusprechen, kann nicht befriedigen.⁷⁵

e) *Zusammenfassung*

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die dogmatische Grundlage für die Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht abschließend geklärt ist. Die Rechtsatztheorie und die Gewohnheitsrechtstheorie liefern eine mit den Grundsätzen des Vertragsrechts vereinbare Erklärung, erzeugen aber jeweils neue Widersprüche und sind nicht in der Lage, die Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen in allen Situationen auf befriedigende Weise zu rechtfertigen. Die Rechtsprechung folgt seit nahezu 100 Jahren der Theorie vom vermuteten Willen, lässt aber in der Frage, wann dieser widerlegt werden kann, keine klaren Maßstäbe erkennen.⁷⁶ Bezüglich der Praxis der Rechtsprechung lässt sich jedoch festhalten, dass japanische Gerichte die Wirksamkeit von AGB in einem weit überwiegenden Teil der verhandelten Fälle bejahen,⁷⁷ eine gewisse Rechtsunsicherheit bezüglich der Beurteilungsmaßstäbe allerdings besteht.

3. *Schutz der anderen Partei vor Benachteiligung (Inhaltskontrolle)*

Eine inhaltliche Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen lässt sich in zwei Ansätze unterteilen: Denkbar ist zum einen eine Ex-ante-Kontrolle – typischerweise durch Verwaltungsbehörden – und eine Ex-post-Kontrolle – in der Regel im Rahmen eines Rechtsstreits durch Gerichte. Beide Ansätze kommen gegenwärtig in Japan zur Anwendung und sollen im Folgenden beschrieben werden.

a) *Ex-ante-Kontrolle*

Die Vorabkontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen findet in Japan vor allem durch behördliche Genehmigungsverfahren und die Aufstellung von Muster-AGB statt.

In zahlreichen Branchen sind die Unternehmen verpflichtet, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor der Verwendung den Verwaltungsbehörden entweder anzuzeigen oder genehmigen zu lassen. Derartige Genehmigungspflichten sollen eine reibungs-

74 S. HARASHIMA, *Yakkan no kōsoku-ryoku* [Die Bindungswirkung Allgemeiner Geschäftsbedingungen], in: *Hōgaku Seminā* 345 (1983) 38.

75 HARASHIMA (Fn. 74) 38.

76 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 367.

77 UCHIDA (Fn. 8) 183.

und konfliktfreie Anwendung im Interesse der Bürger sicherstellen⁷⁸ und sind daher vor allem für Branchen vorgeschrieben, denen eine grundlegende Bedeutung für Wirtschaft und Industrie zukommt.⁷⁹ Grundlage für diese Verpflichtungen sind Gesetze oder Verordnungen. So schreibt etwa Art. 4 Abs. 2 iii Versicherungsgewerbebesetz⁸⁰ die Vorlage der Allgemeinen Versicherungsbedingungen an den Premierminister im Rahmen des verpflichtenden allgemeinen Zulassungsverfahrens für Versicherungsgesellschaften vor. Andere Beispiele finden sich in Art. 19 Elektrizitätsgewerbebesetz⁸¹, Art. 17 Gasgewerbebesetz⁸² und Art. 11 Abs. 1 Straßenbeförderungsgesetz⁸³, die für die Verwendung von AGB die vorherige Genehmigung durch das jeweils zuständige Ministerium fordern. Zum Teil schreiben die entsprechenden Gesetze lediglich die Vorlage bzw. Anzeige der AGB bei der zuständigen Behörde statt einer zwingenden Genehmigungspflicht vor⁸⁴. Teils werden in den Gesetzen konkrete Maßstäbe für die Beurteilung der AGB durch die Behörde vorgegeben⁸⁵, teils wird der Maßstab nur sehr allgemein umrissen.

Eine weitere Möglichkeit der vorherigen Einflussnahme durch die Verwaltungsbehörden stellt die Formulierung von Muster-AGB dar. So sind etwa in Artt. 9, 10 Teilzahlungsgesetz⁸⁶ und in Art. 34 Baugewerbebesetz⁸⁷ die Erstellung von AGB durch das zuständige Ministerium bzw. durch eine von diesem eingesetzte Fachkommission (*shingikai*) vorgeschrieben. Auch gibt es zahlreiche Beispiele für durch Fachkommissionen der Ministerien erstellte Muster-AGB für bestimmte Branchen, deren Verwendung zwar nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, die allerdings in der Praxis in großem Umfang Anwendung finden.⁸⁸

Eine andere, ebenfalls übliche Methode, im Voraus auf den Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Einfluss zu nehmen, ist die Teilnahme von Ministerialvertretern an der Ausarbeitung von Muster-AGB durch Branchenverbände.⁸⁹

In den Branchen, in denen eine Vorabkontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen stattfindet, wird diese als wichtiger erachtet als die nachträgliche durch die Rechtsprechung.⁹⁰ Sie ist flexibel, schnell und nicht auf Einzelfälle beschränkt.

78 WAGATSUMA et al. (Fn. 54) 956.

79 M. DERNAUER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Köln 2011) 523.

80 *Hoken-gyō hō*, Gesetz Nr. 105/1995 i. d. F. des Gesetzes Nr. 47/2007.

81 *Denki jigyō hō*, Gesetz Nr. 170/1964 i. d. F. des Gesetzes Nr. 87/2005.

82 *Gasu jigyō hō*, Gesetz Nr. 51/1954 i. d. F. des Gesetzes Nr. 122/2011.

83 *Dōro unsō hō*, Gesetz Nr. 183/1951 i. d. F. des Gesetzes Nr. 74/2011.

84 So etwa Art. 4 II iii Versicherungsgewerbebesetz.

85 So etwa Art. 19 II Elektrizitätsgewerbebesetz.

86 *Kappu hanbai-hō*, Gesetz Nr. 159/1961 i. d. F. des Gesetzes Nr. 53/2012.

87 *Kenchiku-gyō hō*, Gesetz Nr. 100/1949 i. d. F. des Gesetzes Nr. 53/2012.

88 DERNAUER (Fn. 79) 524.

89 DERNAUER (Fn. 79) 525.

90 Vgl. Zur Versicherungsbranche H. SUZAKI, *Hokengyō-hō to shōhisha hogo* [Das Versicherungsgewerbebesetz und der Verbraucherschutz], in: *Jurisuto* 948 (1990) 107.

b) *Ex-post-Kontrolle*

Bezüglich der nachträglichen Inhaltskontrolle durch die Rechtsprechung muss zunächst angemerkt werden, dass eine klare Differenzierung – wie der Zwischenentwurf des Reformausschusses sie vorsieht, wie auch diese Arbeit sie vornimmt, und wie sie aus deutscher Perspektive selbstverständlich erscheinen mag – zwischen den Fragestellungen der Einbeziehungs- und der Inhaltskontrolle in der japanischen Rechtsprechung gegenwärtig üblicherweise nicht vorgenommen wird.⁹¹ Es ist vielmehr auch aus den Urteilsbegründungen oftmals nicht klar zu erkennen, welcher der Gesichtspunkte bei der Beurteilung von Klauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch die Gerichte im Vordergrund stand.

Einteilen lässt sich die nachträgliche gerichtliche Inhaltskontrolle in eine direkte, die AGB-Klauseln aufgrund ihres Inhalts für nichtig erklärt, und eine indirekte, die die Wirkung von AGB-Klauseln im Wege der Auslegung korrigiert.⁹²

aa) *Direkte Inhaltskontrolle*

Voraussetzung für Gerichtsurteile, AGB-Klauseln für nichtig zu erklären, ist eine entsprechende gesetzliche Grundlage. Derartige Vorschriften, die die Inhaltskontrolle von AGB durch die Gerichte allgemein regeln und unter bestimmten Bedingungen die Rechtsfolge der Nichtigkeit vorsehen, existieren bis dato weder im Zivilgesetz noch in Form eines Nebengesetzes wie des ehemaligen deutschen AGB-Gesetzes. In einigen Spezialgesetzen (bspw. Art. 1 Zinsbegrenzungsgesetz⁹³, Art. 5 Abs. 2 Teilzahlungsgesetz, Artt. 13, 92 Arbeitsstandardgesetz⁹⁴) finden sich in ihrem Anwendungsbereich begrenzte, verbraucher- und arbeitnehmerschutzrechtlich motivierte zwingende Vorschriften; zudem trat 2001 das Verbrauchervertragsgesetz in Kraft, das in Form von Listen (Artt. 8, 9) und einer Generalklausel (Art. 10) die Nichtigkeit bestimmter Klauseln in Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher vorsieht. Es ist davon auszugehen, dass viele der auf der Grundlage dieser Vorschriften beanstandeten und von Gerichten beurteilten Vertragsinhalte als AGB zu klassifizieren sind; dennoch bestimmt keines dieser Gesetze explizit und ausschließlich AGB zum Gegenstand der gerichtlichen Inhaltskontrolle.

In Fällen, die sich zeitlich vor der Kodifizierung dieser Vorschriften ereigneten oder die sachlich nicht in deren Anwendungsbereich fallen, sind daher vor allem die allgemeinen Vorschriften des Zivilgesetzes von Bedeutung. In der Tat stützen sich Urteile, die

91 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 367.

92 Vgl. S. KAWAKAMI, *Yakkan to sono shihōteki kisei* [Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre gerichtliche Kontrolle], in: Hōgaku Kyōkai Zasshi (1985) 1168 ff., der anders als die vorliegende, im Aufbau an den Vorschlägen des Zwischenentwurfs orientierte Arbeit auch die Frage der Einbeziehung als Unterfall der Inhaltskontrolle begreift.

93 *Risoku seigen-hō*, Gesetz Nr. 100/1954 i. d. F. des Gesetzes Nr. 11/2006.

94 *Rōdō kijun-hō*, Gesetz Nr. 49/1947 i. d. F. des Gesetzes Nr. 42/2012.

AGB-Klauseln für nichtig erklären, daher oft auf die Sittenwidrigkeitsklausel des Art. 90 Zivilgesetz⁹⁵. Dass die recht abstrakte Regelung über ihren Wortlaut hinaus auch Wuchergeschäfte, die einer Partei einen übermäßigen Nachteil auferlegen, umfasst, ist anerkannt⁹⁶ und wird voraussichtlich im Zuge der Schuldrechtsreform seinen Niederschlag in einer neuen Fassung des Art. 90 finden⁹⁷. Als weitere Rechtsgrundlage kommen der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 1 Abs. 2 Zivilgesetz), das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 1 Abs. 3 Zivilgesetz) und das Prinzip der besonderen Berücksichtigung des Gemeinwohls (Art. 1 Abs. 1 Zivilgesetz) zur Anwendung – oft auch nebeneinander.⁹⁸

Insgesamt ist zu konstatieren, dass Gerichtsurteile, die AGB-Klauseln für nichtig erklären, verhältnismäßig rar sind. Dies mag man auf die Tatsache zurückführen, dass einige problematische Klauseln bereits durch die in bedeutenden Branchen praktizierte Vorabkontrolle durch die Verwaltung korrigiert werden. Eine andere Erklärung mag eine grundsätzliche Zögerlichkeit japanischer Gerichte bei der direkten Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen sein. Es ist festzustellen, dass Gerichte selbst in den Fällen, in denen Klauseln im Ergebnis für nichtig erklärt werden, den Sachverhalt oft nicht als AGB-spezifisches Problem, sondern als ein allgemeines Problem unfairer Vertragsinhalte wahrnehmen.⁹⁹

bb) Indirekte Inhaltskontrolle

Zahlenmäßig bedeutender als die direkte Inhaltskontrolle durch Nichtigerklärung ist die indirekte oder verdeckte Inhaltskontrolle.¹⁰⁰ Im Wege der Auslegung wird hier die Wirkung von AGB-Bestandteilen, die dem Verwender übermäßige Vorteile gewähren oder der anderen Partei übermäßige Nachteile auferlegen, begrenzt oder beseitigt.

Zu Grunde liegt entsprechenden Urteilen zum Teil das Prinzip der vernünftigen Auslegung (*gōriteki kaishaku*)¹⁰¹: Wenn eine Klausel unter dem Gesichtspunkt des Interessenschutzes aller Parteien als unangemessen erscheint, wird diese vom Gericht so ausgelegt, dass der Inhalt als angemessen verstanden werden kann. Sollte der Inhalt derart

95 „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“, Art. 90 ZG, Übersetzung nach ISHIKAWA/LEETSCH (Fn. 30) 17.

96 O. MORITA, in: Hirai/Kawashima (Hrsg.), *Shinpan chūshaku Minpō (3): Sōsoku (3) hōritsu kōi I* [Neuer Kommentar Zivilgesetz (3): Allgemeiner Teil (3) Rechtsgeschäfte I] (Tōkyō 2003) 172 ff.

97 Formulierungsvorschlag des Zwischenentwurfes: „Ein Rechtsgeschäft, durch das sich jemand unter Ausnutzung der Notlage, der Unerfahrenheit, des Unwissens der anderen Partei oder sonstiger Umstände, aufgrund derer diese die Vornahme eines Rechtsgeschäfts nicht vernünftig beurteilen kann, einen grob übermäßigen Vorteil verschafft oder der anderen Partei einen grob übermäßigen Nachteil auferlegt, ist nichtig.“ ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 2) 1, eigene Übersetzung des Verfassers.

98 DERNAUER (Fn. 79) 530.

99 DERNAUER (Fn. 79) 531.

100 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 376.

101 KAWAKAMI (Fn. 92) 1601 ff.

unangemessen sein, dass dies nicht möglich ist, so führt die Auslegung zur Unwirksamkeit der Klausel.¹⁰²

Neben und an Stelle des Prinzips der vernünftigen Auslegung kommen jedoch auch andere Methoden zur Anwendung. Eine weitere Auslegungsmethode ist die der restriktiven Auslegung: Wenn eine Klausel unter Berücksichtigung des Regelungszwecks der anderen Partei über das vertretbare Maß hinausgehende Lasten auferlegt, so kommt die Klausel nur in dem Maße zur Anwendung, dass die der anderen Partei auferlegte Last noch als angemessen gelten kann.¹⁰³ Ebenfalls angewandt wird das – im deutschen Recht in § 305c II BGB gesetzlich festgelegte – Prinzip der Auslegung zu Lasten des Verwenders, demzufolge die Auslegung unklarer Vorschriften im Zweifelsfall zum Nachteil des Verwenders zu erfolgen hat.¹⁰⁴

Wie bereits die Vielzahl der angewandten Auslegungsmethoden und die recht vagen Formulierungen erahnen lassen, stellen diese Grundsätze keine allgemein gültige Auslegungsmethode dar. Zudem ist häufig nicht klar zu erkennen, welcher Methode die Gerichte bei der Auslegung überhaupt folgen.¹⁰⁵ Auch ob die Auslegung zu einer völligen Unwirksamkeit der Klausel oder nur zu einer geltungserhaltenden Reduktion führt, kann sich von Einzelfall zu Einzelfall unterscheiden.

Festhalten lässt sich also, dass eine verdeckte Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen zwar praktiziert wird, aufgrund erheblicher Unklarheiten bzgl. des Vorgehens der Gerichte eine Vorhersehbarkeit des Auslegungsergebnisses aber nur sehr eingeschränkt gegeben ist.

c) Zusammenfassung

Die Ex-ante-Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die Verwaltung ist in jenen Bereichen, in denen sie praktiziert wird, von erheblicher Bedeutung, aber in ihrer Anwendung auf in Spezialgesetzen festgelegte Branchen beschränkt. Bezüglich der Ex-post-Kontrolle durch die Gerichte lässt sich konstatieren, dass mangels einer gesetzlichen Regelung, die speziell die gerichtliche Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen zum Gegenstand hat, und aufgrund der Uneindeutigkeit der Rechtssprechungsgrundsätze bzgl. der anzuwendenden Rechtsgrundlagen und Beurteilungsmaßstäbe sowohl bei der direkten als auch bei der indirekten Inhaltskontrolle eine erhebliche Rechtsunsicherheit besteht.

102 Distriktgericht Kumamoto v. 12.5.1975, in: Hanrei Taimuzu 327, 250; vgl. hierzu und zum folgenden Fall auch: KAWAKAMI (Fn. 92) 1602.

103 Obergericht Sapporo v. 7.6.1958, in: Kōminshū 11, 343.

104 H. HIRANO, *Minpō sōgō* [Allgemeines Zivilrecht] (Tōkyō 2006) 26 f.

105 DERNAUER (Fn. 79) 529.

4. *Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Vertragsschluss*

Ob und unter welchen Voraussetzungen Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach Abschluss des Vertrages die Vertragsparteien trotz der oben dargestellten Problematik wirksam binden, ist bis dato sowohl in der japanischen Rechtsprechung als auch in der Literatur völlig ungeklärt.

Ältere Urteile betonen den Grundsatz der Nichtrückwirkung und folglich die Wirksamkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültiger AGB und Unwirksamkeit nachträglicher Änderungen.¹⁰⁶ In neuerer Zeit finden sich hingegen Urteile, die nachträgliche Änderungen, die der anderen Partei Pflichten auferlegen, die über jene in den AGB zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses herausgehen, als wirksam ansehen, ohne dies überhaupt zu problematisieren.¹⁰⁷

In der Literatur findet eine Diskussion dieser Problematik in den vergangenen Jahren kaum statt. Ansätze einer Debatte und Versuche, die Voraussetzungen für die Wirksamkeit nachträglicher AGB-Änderungen zu klären, finden sich letztmals in den 1980er Jahren und befassen sich im Wesentlichen mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Versicherungsgesellschaften. Ein Ansatz ist die Aufstellung von Fallgruppen, in denen die Wirksamkeit nachträglicher Änderungen bejaht wird. *Yamashita*¹⁰⁸ benennt derer vier: 1. Die nachträgliche Einigung beider Parteien über die Verwendung der modifizierten AGB; 2. im Falle von für den Verwender ausschließlich nachteiligen Änderungen den einseitigen Verzicht, weggefallene Ansprüche aus den vorherigen AGB geltend zu machen; 3. die Existenz einer Änderungsvorbehaltsklausel (mit dem Hinweis, dass diese in Japan völlig unüblich seien und weitere Voraussetzungen der Klärung bedürften), 4. die Genehmigung auf der Grundlage des Versicherungsgewerbegesetzes¹⁰⁹. *Nakanishi*¹¹⁰ übernimmt diese Kategorien und wirft die Frage auf, in welchem Rahmen und unter welchen Voraussetzungen Änderungen der AGB auf eine Änderungsvorbehaltsklausel in der ursprünglichen Fassung gestützt werden können, zieht aber ebenfalls die Möglichkeit einer den Verwender begünstigenden Änderung ohne eine solche Klausel und ohne nachträgliche Zustimmung der anderen Partei überhaupt nicht in Betracht.

Angesichts der gegenwärtigen Lage, in der die Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zum Nachteil der anderen Partei ohne deren Zustimmung sowie ohne Änderungsvorbehaltsklausel in der wissenschaftlichen Diskussion quasi nicht thematisiert

106 Reichsgerichtshof v. 13.11.1917, in: *Minroku* 23, 2103; vgl. hierzu: T. YAMASHITA, *Futsū hoken yakkan no kaisei to kison keiyaku* [Die Änderung Allgemeiner Versicherungsbedingungen und bestehende Verträge], in: Tsuneo (Hrsg.), *Bessatsu Jurisuto 97: Seimei hoken hanrei hyakusen* [100 ausgewählte Fälle zu Lebensversicherungen] (Tōkyō 1988) 16.

107 Oberster Gerichtshof v. 27.3.2001, in: *Minshū* 55, 434; vgl. hierzu: ZIVILRECHTSREFORM-AUSSCHUSS (Fn. 59) 373.

108 YAMASHITA (Fn. 106) 17.

109 Vgl. o. IV.3.a).

110 M. NAKANISHI, *Hoken yakkan to kison keiyaku* [Allgemeine Versicherungsbedingungen und bestehende Verträge], in: *Handai Hōgaku* 149/150 (1989) 37 ff.

wird, andererseits aber zumindest in einigen Branchen weit verbreitet ist, ohne dabei von der Rechtsprechung problematisiert zu werden,¹¹¹ muss man auch in diesem Bereich von einer erheblichen Rechtsunsicherheit sprechen, die der Klärung bedarf.

V. ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN: ANGESTREBTE REGELUNGEN IM ZUGE DER SCHULDRECHTSREFORM

Zum Themenbereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthält der Zwischenentwurf des Zivilrechtsreformausschusses fünf Punkte. Vorgeschlagen wird eine Definition des Begriffs, eine Regelung zu den Voraussetzungen der Einbeziehung in den Vertrag, eine diese einschränkende Vorschrift zu überraschenden Klauseln, eine Regelung zur Unwirksamkeit unfairer Klauseln sowie eine Regelung der Voraussetzungen der Änderung der AGB nach Vertragsschluss. Auf Basis einer Übersetzung durch den Verfasser werden die Vorschläge des Ausschusses zu diesen fünf Punkten im Folgenden erläutert und kritisch kommentiert.

1. *Definition*

Punkt 1: Allgemeine Geschäftsbedingungen sind für den Vertragsschluss mit einer Vielzahl von Vertragspartnern im Voraus formulierte Bedingungen, die zum Zwecke der einheitlichen Festsetzung der Vertragsinhalte verwendet werden.¹¹²

a) *Definitionsmerkmale*

Voraussetzung für die Anwendung der gesetzlichen Regelungen bezüglich Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist, dass die fragliche Klausel die entsprechende Definition erfüllt. Der Reformausschuss schlägt in seinem Zwischenentwurf zwei Definitionsmerkmale vor.

Erstes Definitionsmerkmal ist, dass die Bestimmung für den Vertragsschluss mit einer Vielzahl von Vertragspartnern im Voraus formuliert wurde. Für einen einmaligen Vertragsschluss aufgestellte Bestimmungen fallen also nicht darunter, unabhängig davon, ob sie von einer Partei ohne Mitwirkung des Vertragspartners im Voraus formuliert wurden. Eine Modifizierung dieses Grundsatzes für Verbraucherverträge wie sie etwa das deutsche Recht in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB enthält, sieht der Zwischenentwurf nicht vor.

Zweites Definitionsmerkmal ist die Intention des Verwenders („zum Zwecke der einheitlichen Festsetzung“). Zweck dieser Einschränkung ist es, solche Verträge auszuschließen, die zwar unter Verwendung eines Mustervertrages zu Stande gekommen sind, diesen aber lediglich als Basis für anschließende individuelle Verhandlungen über die Vertragsinhalte nutzen. Maßgeblich ist hier nicht, ob im Zuge der Verhandlungen tatsächlich Änderungen vorgenommen werden oder der Mustervertrag in seiner ursprüng-

111 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 373.

112 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 2) 51, eigene Übersetzung des Verfassers.

lichen Form zur Anwendung kommt. Entscheidend ist vielmehr die Vorstellung des Verwenders.¹¹³

b) *Notwendigkeit des zweiten Definitionsmerkmals*

Umstritten ist, ob dieses zweite Definitionsmerkmal der Intention des Verwenders nötig ist oder Vertragsbestimmungen, die eigentlich der gesetzlichen Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle unterfallen sollten, durch diese zu enge Definition ausgeschlossen werden.

Befürwortet wird eine weitere Definition, die auch ursprünglich in einem Mustervertrag enthaltene, aber dennoch in späteren Verhandlungen Gegenstand einer individuellen Einigung gewordene Bestimmungen umfasst, mit der Annahme, dass auch bei individuellen Vertragsverhandlungen unter Verwendung eines Mustervertrages keine ausgeglichene Verhandlungsstärke beider Parteien gegeben und daher der Weg zu einer Inhaltskontrolle zu eröffnen sei. Auch im Diskussionspapier des Reformausschusses wird eine solche Definition noch vorgestellt.¹¹⁴ Anders als im Falle des „klassischen“ Vertragschlusses, bei dem beide Parteien die Vertragsinhalte durch gemeinsame Verhandlungen festsetzen, bestehe bei der Verwendung eines Mustervertrages die Gefahr, dass der Verwender durch seine Vorkenntnisse über die Inhalte in einer unangemessen starken Verhandlungsposition sei. Die andere Partei benötige also auch in diesem Fall den Schutz durch eine Inhaltskontrolle der AGB, was zunächst voraussetzt, dass die Bestimmungen unter die Definition des Begriffs fallen. Zudem sei die Abgrenzung anhand der Vorstellungen des Verwenders im Einzelfall schwierig.¹¹⁵

Von Seiten der Wirtschaft wird die im Zwischenentwurf vorgestellte engere Definition positiv gesehen, da sie näher an der bisherigen Rechtswirklichkeit sei und eine Überregulierung des Handels bei der Verwendung von Musterverträgen vermeide. Allerdings besteht auch von dieser Seite aus die Befürchtung, dass die unklare Abgrenzung zu Rechtsunsicherheit führen könnte.¹¹⁶

Dass der Verwender auch bei Vertragsverhandlungen auf der Grundlage eines Mustervertrages durch seine Vorkenntnis in einer stärkeren Position ist, lässt sich nicht von der Hand weisen. Eine völlig ausgeglichene Verhandlungsstärke zweier Parteien lässt sich allerdings selbst bei klassischen Vertragsverhandlungen ohnehin nur schwer errei-

113 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 367 f.

114 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 21) 85.

115 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS, *Minpō (saiken kankei) no kaisei ni kansuru kentō jikō (6)* [Untersuchungspunkte (6) bezüglich der Reform des Zivilgesetzes (Schuldverhältnisse)], <http://www.moj.go.jp/content/000047330.pdf> (zuletzt aufgerufen 17.2.2014) 61 f.; I. ADACHI/Y. TATSUNO, *Tettei kaisetsu: kigyō hōmu ni kansuru 36 tēmā: Yakkan* [Ausführlicher Kommentar: 36 Themen mit Bezug zur Rechtsberatung in Unternehmen: Allgemeine Geschäftsbedingungen], in: *Bijinesu Hōmu* 6 (2013) 59.

116 K. SHIMAOKA et al., *Minpō (saiken kankei) kaisei no ronten: Kigyō no shiten kara* [Die Diskussionpunkte der Reform des Zivilgesetzes (Schuldverhältnisse): Aus der Perspektive der Unternehmen], in: *Hōritsu no hiroba* 5 (2013) 45.

chen. Sieht man den Grund für die Erfordernis einer Inhaltskontrolle nicht in einem Ungleichgewicht der Verhandlungsstärke der Vertragsparteien, sondern in der Gefahr eines Marktversagens,¹¹⁷ scheint die im Zwischenentwurf vorgeschlagene enge Definition durchaus sinnvoll. Auch wenn die Vertragsbestimmungen durch den Verwender im Voraus aufgestellt werden, ist die Gefahr eines Marktversagens beseitigt, sobald tatsächliche Verhandlungen über die Inhalte stattfinden. Die andere Partei nimmt in diesem Fall vom Inhalt der einzelnen Bestimmung Kenntnis und hat die Möglichkeit, auf dieser Grundlage den Vergleich mit anderen Vertragsanbietern anzustellen oder Änderungen zu erwirken. Die charakteristische Gefahr Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in diesem Fall eben nicht mehr gegeben.

Da sich bei Bestimmungen, über die sich die Parteien individuell geeinigt haben, auch das Problem der Einbeziehung in den Vertrag nicht stellt, erscheint es also nicht nötig, diese als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu definieren und den entsprechenden Regelungen zu unterwerfen. Die engere Definition des Zwischenentwurfs stellt daher eine angemessene Lösung dar.

c) *Erstreckung auf B2B-Verträge*

Kritisiert wird zudem, dass der Vorschlag des Reformausschusses keinerlei Einschränkungen bezüglich der Eigenschaften der Vertragsparteien vorsieht und folglich auch Verträge zwischen Unternehmern (sog. B2B-Verträge) der gesetzlichen Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle unterwirft. Vorzuziehen sei es, den Anwendungsbereich auf Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (B2C-Verträge) zu beschränken, wobei hier in aller Regel der Unternehmer in der Position des Verwenders sein wird. Branchenverbände kritisieren, dass die Einbeziehung von B2B-Verträgen in den Geltungsbereich der gesetzlichen Regelungen zu AGB schnellen und verlässlichen Handel zwischen Unternehmern gefährde und so effektives Wirtschaften behindere.¹¹⁸ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass einer der Hauptzwecke der Reform weniger der Verbraucherschutz als die Schaffung einer rechtlichen Grundlage für die Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist.¹¹⁹ Dies betrifft B2B- nicht weniger als B2C-Verträge. Klammerte man Verträge zwischen Unternehmern aus der Definition aus, würde dieser generelle Zweck verfehlt. Ob man B2B-Verträge auch zum Gegenstand der Vorschriften bzgl. überraschender und unfairer Klauseln machen sollte, ist freilich ein anderes Problem. Dieses ist jedoch im Rahmen der Einbeziehungs- oder Inhaltskon-

117 Vgl. o. III.2.b).

118 JAPAN LEASING ASSOCIATION, *Minpō (saiken kankei) no kaisei ni kansuru chūkantekina ronten seiri ni kansuru iken-sho* [Stellungnahme zum Zwischenbericht über die Diskussionspunkte bezüglich der Reform des Zivilgesetzes (Schuldverhältnisse)], <http://www.leasing.or.jp/chosa/housei/20110727chukan.pdf> (zuletzt aufgerufen 17.2.2014) 11.

119 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 368.

trolle zu diskutieren. Dass die Definition der AGB auch B2B-Verträge erfasst, ist jedenfalls sinnvoll.

2. *Einbeziehung in den Vertrag*

Punkt 2: Allgemeine Geschäftsbedingungen werden Bestandteil eines Vertrages, wenn beide Vertragsparteien über die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen einig sind und die Partei, die die Bedingungen vorbereitet hat, (Verwender) sicherstellt, dass die andere Vertragspartei unter vernünftigem und zumutbarem Aufwand vor Vertragsschluss die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Bedingungen Kenntnis zu nehmen.¹²⁰

Gemäß dem Vorschlag des Reformausschusses werden Allgemeine Geschäftsbedingungen unter zwei Voraussetzungen wirksamer Bestandteil eines Vertrages.

a) *Voraussetzung der Einigung*

Zum einen müssen der Verwender und die andere Partei über die Verwendung der AGB einig sein. Der Zwischenentwurf folgt damit – wie auch die herrschende Lehre und die Rechtsprechung¹²¹ – der Vertragstheorie, nach der der Wille der Parteien Grundlage für die Einbeziehung von AGB in den Vertrag ist, und verneint die Rechtssatz- und Gewohnheitsrechtstheorie.

Gegenstand der Einigung ist nicht der Inhalt einzelner Bestimmungen, sondern die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen an sich. Die Einigung kann dabei durch eine ausdrückliche Willenserklärung wie etwa die Unterschrift unter das eine entsprechende Klausel enthaltende Hauptvertragswerk, aber auch durch konkludentes Handeln zustande kommen¹²² – beispielsweise durch den Kauf eines Tickets oder das Einsteigen im Falle der Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel etc.

Auf das grundsätzliche Erfordernis eines ausdrücklichen Hinweises auf die AGB durch den Verwender, wie ihn das deutsche Recht in § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB verlangt, verzichtet der Zwischenentwurf. In Fällen, in denen ein solcher Hinweis fehlt und die andere Partei daher keine Kenntnis von der Existenz der AGB hat, wird eine Einbeziehung aber notwendigerweise an der fehlenden Einigung sowie wohl auch an der fehlenden Möglichkeit der Kenntnisnahme scheitern. Im Ergebnis ist daher zu erwarten, dass die Einbeziehungsvoraussetzungen des Zwischenentwurfs und des deutschen BGB zu ähnlichen Ergebnissen führen.

b) *Voraussetzung der Möglichkeit der Kenntnisnahme*

Die zweite Voraussetzung ist, dass der Verwender die Möglichkeit der anderen Partei, vom Inhalt der Bestimmungen vor Vertragsschluss Kenntnis zu nehmen, sicherstellt. Ob

120 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 2) 51, eigene Übersetzung des Verfassers.

121 Vgl. o. IV.2.a).

122 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 369.

diese Voraussetzung genügen soll oder dem Verwender strengere Pflichten aufzuerlegen sind, ist auch innerhalb des Reformausschusses umstritten.

Eine abweichende Ansicht fordert unter Verweis auf den Willen der Parteien als Grundlage der Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen, dass der Verwender der anderen Partei die Bedingungen grundsätzlich zu präsentieren habe und nur in Ausnahmefällen, in denen dies eine erhebliche Schwierigkeit darstellt, von diesem Grundsatz abgewichen werden soll.¹²³

Gegen dieses strengere Erfordernis spricht, dass eine tatsächliche Präsentation der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber jedem einzelnen Vertragspartner für den Verwender eine erhebliche Belastung darstellen würde, die über den Nutzen für die andere Partei hinausgehen würde.¹²⁴ Es ist davon auszugehen, dass nur ein geringer Teil der Vertragspartner tatsächlich die Zeit aufwenden möchte, um vom Inhalt der Bedingungen Kenntnis zu nehmen. Dass dies jenen Vertragspartnern, die dies tatsächlich wünschen, möglich ist, ist auch unter den weniger strengen, im Zwischenentwurf des Reformausschusses vorgesehenen Bedingungen gewährleistet. Darüberhinausgehende Anforderungen wie die tatsächliche Präsentation gegenüber der anderen Partei vor Vertragsschluss gingen über die gegenwärtig übliche Praxis in zahlreichen Branchen hinaus¹²⁵ und würden die Kosten des Vertragsschlusses für den Verwender erhöhen, was indirekt auch zu einem wirtschaftlichen Nachteil für die andere Partei führt. Der wirtschaftliche Nutzen eines schnellen und effizienten Handels kommt nicht nur dem Verwender, sondern auch der anderen Partei zu Gute, sodass es unverhältnismäßig scheint, dem Verwender die gesamte Last aufzubürden. Vielmehr kann auch von der anderen Partei erwartet werden, Maßnahmen zu ergreifen, um den Inhalt der Bestimmungen zur Kenntnis zu nehmen. Zudem wären im Falle eines grundsätzlichen Erfordernisses der tatsächlichen Präsentation mit entsprechenden Ausnahmetatbeständen wiederum Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Grundsatz und Ausnahme zu befürchten.¹²⁶

Der Verwender muss freilich sicherstellen, dass die Kenntnisnahme unter vernünftigen und zumutbarem (*gōriteki*) Aufwand möglich ist. Als konkrete Beispiele nennt der Zwischenentwurf neben der schriftlichen Aushändigung und dem Aushang am Orte des Vertragsschlusses etwa die Präsentation der Bedingungen in einem einfach zugänglichen Bereich der Internetpräsenz des Unternehmens. Im Geschäftsverkehr zwischen Unter-

123 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Rn. 59) 368, 370; MINPŌ SAIKEN-HŌ KAISEI KENTŌ I'INKAI (Fn. 18) 107; MINPŌ KAISEI KENKYŪ-KAI (Fn. 18) 107.

124 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 370.

125 I. ADACHI/Y. KOJIMA, *Minpō (saiken-hō) kaisei chūkan shian to kin'yū kikan* [Der Zwischenentwurf zur Reform des Zivilgesetzes (Schuldrecht) und Finanzinstitutionen], in: *Ginkō Hōmu* 21, 758 (2013) 6.

126 JAPAN FEDERATION OF SHIHŌ SHOSHI LAWYER'S ASSOCIATIONS, *Shihō shoshi kara mita minpō (saiken kankei) kaisei ni kansuru iken-sho* [Stellungnahme zur Reform des Zivilgesetzes (Schuldverhältnisse) aus Sicht der Rechtsschreiber], <http://www.moj.go.jp/content/000076171.pdf> (zuletzt aufgerufen 17.2.2014) 8.

nehmern sei es der anderen Partei auch zuzumuten, die Aushändigung der AGB durch den Verwender aktiv zu verlangen.¹²⁷

Die im Zwischenentwurf des Reformausschusses vorgeschlagenen Voraussetzungen können als angemessener Kompromiss zwischen den Erfordernissen eines effektiven Geschäftsverkehrs im Interesse – nicht nur – des Verwenders und dem Informationsbedürfnis der anderen Partei angesehen werden.

3. *Überraschende Klauseln*

Punkt 3: Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die andere Vertragspartei unter Berücksichtigung des Inhalts der sonstigen Vertragsbestimmungen, der Erklärungen des Verwenders, der Kenntnisse und Erfahrungen der anderen Vertragspartei sowie aller Umstände des Vertrages nicht vorhersehen kann, werden nicht gemäß Punkt 2 Bestandteil des Vertrages.¹²⁸

Als Ergänzung zu den Einbeziehungsvoraussetzungen des Punkt 2 bzw. als Einschränkung von deren Wirkung sieht der Zwischenentwurf den Ausschluss überraschender Klauseln (*fui'uchi jōkō*), also solcher Bestimmungen, deren Inhalt die andere Vertragspartei nicht vorhersehen kann, vor. Die Notwendigkeit einer solchen einschränkenden Regelung ergibt sich aus der Erfordernis der Einigung über die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die regelmäßig ohne Kenntnisnahme vom Inhalt der Bestimmungen erfolgt. Dass dies trotzdem zur Einbeziehung in den Vertrag führt, lässt sich nur rechtfertigen, indem man die Wirkung der Einigung auf solche Inhalte beschränkt, mit denen die andere Partei vernünftigerweise rechnen kann, überraschende Klauseln also nicht zum Gegenstand der Einigung macht.¹²⁹ Daran, dass diese trotzdem auf dem klassischen Wege der individuellen Einigung Bestandteil des Vertrages werden können, ändert diese Vorschrift allerdings nichts, wie sich auch aus dem Wortlaut („gemäß Punkt 2“) ergibt.

Maßstab der Beurteilung, ob eine Bestimmung als überraschende Klausel aus dem Vertragsinhalt ausgenommen wird, ist nicht die Vor- oder Nachteilhaftigkeit ihres Inhalts für eine der Parteien, sondern allein die Frage, ob die andere Partei mit der Existenz einer Klausel solchen Inhalts rechnen konnte. Es handelt sich also um ein von der Inhaltskontrolle im engeren Sinne völlig getrenntes Regelungssystem. Auch wenn überraschende und die andere Partei unangemessen benachteiligende Bestimmungen in vielen Fällen zusammenfallen mögen, sind doch auch faire, aber völlig unübliche und somit unerwartete Klauseln sowie im Gegenteil weit verbreitete und von der anderen Partei vorhersehbare, aber nach ihrem Inhalt unangemessene Klauseln denkbar.

127 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 370.

128 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 2) 51, eigene Übersetzung des Verfassers.

129 Y. YAMAMOTO, *Saiken-hō kaisei: Saimu fu-rikō, yakkan* [Schuldrechtsreform: Nichterfüllung, Allgemeine Geschäftsbedingungen], in: *Jurisuto* 1392 (2010) 91.

Eine pauschale Aussage, dass eine Bestimmung bestimmten Inhalts generell eine überraschende Klausel darstelle, ist nicht möglich. Wie der Wortlaut deutlich macht, vollzieht sich die Beurteilung vielmehr unter Berücksichtigung der individuellen Umstände des jeweiligen Vertrages und kann somit je nach Vertragstyp, Situation des jeweiligen Vertragsschlusses, aber auch nach den Eigenschaften der anderen Partei („Kenntnissen und Erfahrungen“) zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Ob hier die Kenntnisse und Erfahrungen des jeweiligen individuellen Vertragspartners oder die eines durchschnittlichen Vertragspartners maßgebend sein sollen, präzisiert der Reformausschuss weder in seinem Zwischenentwurf noch in den zugehörigen Erläuterungen. Die Entscheidung zwischen beiden Möglichkeiten ist somit der Auslegung überlassen.¹³⁰ Dass die Beurteilung überraschender Klauseln im Zwischenentwurf nicht klar festgelegt ist und für den Verwender somit Unsicherheiten bezüglich des erforderlichen Vorgehens bei Vertragsgestaltung und Vertragsschluss bestehen, trifft auf Bedenken seitens der Wirtschaft.¹³¹ Um diesen Mangel zu beheben, wird daher eine gesetzliche Klarstellung, dass Maßstab nicht der Vertragspartner im Einzelfall, sondern allein ein durchschnittlicher Vertragspartner sein soll, gefordert.¹³² In der Tat würde es für den Verwender gerade bei einer großen Zahl an Vertragsschlüssen eine erhebliche Unsicherheit darstellen, wenn die Beurteilung der AGB als überraschende Klausel sich je nach den Erfahrungen und intellektuellen Fähigkeiten des einzelnen Vertragspartners von Fall zu Fall unterscheidet. Eine einheitliche Gestaltung von Verträgen gegenüber sämtlichen Vertragspartnern würde erheblich erschwert. Auch im deutschen Recht lässt der Wortlaut der verwandten Vorschrift des § 305 c Abs. 1 BGB diese Frage offen; dominierend in der Kommentarliteratur ist jedoch die Ansicht, dass auf den „vertragstypischen Kundenkreis“¹³³ bzw. einen „durchschnittlichen Kunden von durchschnittlicher Geschäftserfahrung“¹³⁴ abzustellen ist. Zu erwägen wäre, diese auch für das japanische Recht vorzugswürdige Interpretation im Wortlaut des Zivilgesetzes zu verankern.

Es existieren zudem Stimmen, die eine gesetzliche Regelung zu überraschenden Klauseln generell ablehnen. Begründet wird dies mit der Befürchtung, dass die Sicherstellung der wirksamen Einbeziehung seiner AGB dem Verwender einen übermäßigen Aufwand etwa bei den Erklärungen gegenüber der anderen Partei bei Vertragsschluss abverlange, was zu steigenden Kosten und einem geringeren wirtschaftlichen Nutzen der Verwendung von AGB vor allem bei neuartigen Vertragstypen führe.¹³⁵ Das diese Gefahr gerade für junge Unternehmen und Anbieter neuartiger Produkte besteht, liegt

130 N. KAWAI, *Chūkan shian no jūyō pointo: Hayawakari kaisetsu* [Die wichtigen Punkte des Zwischenentwurfs: Kurzer Kommentar], in: *Bijinesu Hōmu* 6 (2013) 17.

131 ADACHI/KOJIMA (Fn. 125) 6; ADACHI/TATSUNO (Fn. 115) 59.

132 SHIMAOKA et al. (Fn. 116) 46.

133 H. SCHMIDT, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB* (27. Edition, München 2013), § 305c, Rn. 14.

134 BASEDOW (Fn. 40) § 305c, Rn. 6.

135 SHIMAOKA et al. (Fn. 116) 46.

auf der Hand, ist aber auch nach aktueller Rechtslage nicht anders. So besteht auch nach gegenwärtiger Rechtsprechung die Möglichkeit, dass Klauseln in AGB aufgrund ihrer Unvorhersehbarkeit für ungültig erklärt werden, ohne dass jedoch klare Maßstäbe zu erkennen sind.¹³⁶ Eine gesetzliche Klarstellung führt daher im Gegenteil auch zu einer für den Verwender vorteilhaften gesteigerten Vorhersehbarkeit.

Die Aufnahme des Verbots überraschender Klauseln in die Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist daher sinnvoll. Die Kritik an der Unvorhersehbarkeit der Beurteilungsmaßstäbe im Zwischenentwurf leuchtet allerdings ein. Ein Listenmodell widerspräche dem Sinn der Regelung, da sie gerade Klauseln ausschließen soll, die nicht vorherzusehen sind. Eine Klarstellung, dass Maßstab der Beurteilung die Kenntnisse und Erfahrungen eines durchschnittlichen Vertragspartners sein sollen, erscheint hingegen wünschenswert.

4. *Kontrolle unfairer Bestimmungen*

Punkt 4: Gemäß Punkt 2 in den Vertrag einbezogene Bestimmungen, die verglichen mit dem Fall, dass die entsprechende Bestimmung nicht bestünde, die Rechte der anderen Vertragspartei beschränken oder ihre Verpflichtungen erweitern und so unter Berücksichtigung des Inhalts der betreffenden Bestimmung, des gesamten Vertragsinhaltes, der Umstände zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sowie aller anderen Umstände die andere Vertragspartei übermäßig benachteiligen, sind unwirksam.¹³⁷

Der Zwischenentwurf des Reformausschusses sieht eine inhaltliche Kontrolle aller gemäß Punkt 2 in den Vertrag einbezogenen Bestimmungen und als Konsequenz die Unwirksamkeit solcher Bestimmungen, die die andere Partei übermäßig benachteiligen, vor.

Zwar besteht, wie oben gezeigt, auch nach gegenwärtiger Rechtslage die Möglichkeit, Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für unwirksam zu erklären – in der Regel auf Grundlage der Sittenwidrigkeitsschranke des Art. 90 ZG. Da die bereits praktizierte Inhaltskontrolle auf dieser Grundlage jedoch zum einen aufgrund des abstrakten Wortlauts des Art. 90 sowie der nicht hinreichend präzisierten Rechtsprechungsgrundsätze an mangelnder Vorhersehbarkeit leidet und zum anderen die Besonderheiten hinsichtlich des Zustandekommens von AGB-Bestimmungen gegenüber regulären Vertragsbestimmungen nicht berücksichtigt,¹³⁸ sieht der Ausschuss den Bedarf einer gesetzlichen Präzisierung.¹³⁹

a) *Beurteilungsmaßstab und Rechtsfolge*

Der Entwurf stellt klar, dass Grundlage der Beurteilung, ob eine übermäßige Benachteiligung der anderen Partei vorliegt, ein Vergleich zwischen der Situation bei Bestehen

136 Vgl. o. IV.3.b).

137 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 2) 52, eigene Übersetzung des Verfassers.

138 Vgl. o. IV.3.b)aa).

139 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 375 f.

der betreffenden Bestimmung und der gedachten Situation, dass die Bestimmung nicht bestünde, sein soll. In letzterem Fall wird also die streitige Klausel hinweggedacht; an ihre Stelle treten dispositives Recht, etabliertes Präjudizienrecht und Rechtsgrundsätze wie das Gebot von Treu und Glauben.¹⁴⁰ Ergibt nun ein Vergleich dieser beiden Situationen, dass die Rechte der anderen Partei durch die betreffende Bestimmung beschränkt oder ihre Verpflichtungen erweitert werden und stellt diese Beschränkung oder Erweiterung eine unangemessene Benachteiligung dar, so gilt die Bestimmung als unfair. Wie der Wortlaut des Entwurfes klarstellt, werden dabei nicht allein der Inhalt der betreffenden Klausel an sich, sondern auch alle anderen Umstände des Vertrages betrachtet. So kann beispielsweise eine bei isolierter Betrachtung die andere Partei übermäßig benachteiligende Klausel dennoch nicht als unfair zu beurteilen sein, wenn andere Vertragsbestimmungen einen entsprechenden Ausgleich zugunsten der anderen Partei vorsehen.

Als Rechtsfolge sieht der Entwurf statt eines ebenfalls diskutierten Anfechtungsrechts der anderen Partei die Unwirksamkeit der Klausel vor. Hintergrund ist der Gedanke, mit der Regelung eine Präzisierung der Sittenwidrigkeitsschranke des Art. 90 ZG herbeizuführen und daher auch die Rechtsfolge entsprechend anzupassen.¹⁴¹ Der Wortlaut des Zwischenentwurfs legt nahe, dass Rechtsfolge der Einstufung als unfaire Bestimmung die völlige Unwirksamkeit der entsprechenden Klausel ist, eine geltungserhaltende Reduktion also nicht stattfindet.

b) Alternative Regelung durch Listenmodell

Es stellt sich die Frage, ob die vom Reformausschuss vorgeschlagene Fassung der Regelung sachgerecht ist. Angesichts des verfolgten Zwecks der Reform, eine Klarstellung und Präzisierung der Rechtslage herbeizuführen¹⁴², erscheint die vorgeschlagene Regelung recht abstrakt. Um die gegenwärtige Rechtsunsicherheit bezüglich der Wirksamkeit einzelner Bestimmungen zu beseitigen, wäre auch eine konkretere Formulierung etwa in Form einer oder mehrerer Listen von Beispielen unwirksamer Klauseln in Erwägung zu ziehen. Denkbar wäre etwa eine Liste solcher Klauseln, die generell Unwirksamkeit sind (*black list*), und eine Liste solcher Klauseln, deren Unwirksamkeit vermutet wird, sofern der Verwender keine Umstände vorbringt, die der Einstufung als unfaire Klausel widersprechen (*grey list*). Ein solches abgestuftes Modell findet sich etwa in den Artt. 8, 9 Verbrauchervertragsgesetz oder in den §§ 308, 309 des deutschen BGB¹⁴³ und wird auch

140 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 377.

141 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 378.

142 Vgl. o. II.3.a).

143 Dabei ist die Einstufung des § 308 BGB als *grey list* umstritten, vgl. T. NAUDE, The Use of Black and Grey Lists in Unfair Contract Terms Legislation in Comparative Perspective, in: South African Law Journal (2007) 130.

für das japanische Zivilgesetz im Diskussionspapier des Reformausschusses¹⁴⁴ oder im Entwurf der *Kentō i'inkai*¹⁴⁵ vorgeschlagen.

Bezüglich der Einführung einer *black list* bestehen jedoch Befürchtungen, dass eine unwiderlegbare Einstufung als unfaire Klausel ohne Berücksichtigung der restlichen Vertragsumstände zu starr sei und so flexible Vertragsgestaltung unnötig erschwere.¹⁴⁶ Gegen die Aufnahme einer *grey list* wird angeführt, dass diese effektiv zu einer *black list* werde, wenn Verwender von AGB mit der Intention der Vermeidung von Komplikationen von in einer solchen Liste genannten Regelungen von Vornherein absehen.¹⁴⁷ Wohl aufgrund dieser Erwägungen wurde dieses Modell im Zwischenentwurf zugunsten einer allgemeinen Regelung verworfen.

Für das Modell einer oder mehrerer Listen spräche allerdings eine erhöhte Vorhersehbarkeit und somit Rechtssicherheit¹⁴⁸ – auch für den Verwender. In der Tat würde gerade eine *grey list* einerseits eine flexible Vertragsgestaltung durch Ausgleich der Interessen zwischen den Parteien durch mehrere Bestimmungen innerhalb der AGB ermöglichen, gleichzeitig aber auch die Funktion einer Richtschnur und Orientierungshilfe bei der Formulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen erfüllen. Der Grad der Präzisierung durch die im Zwischenentwurf vorgeschlagene Regelung ist hingegen vergleichsweise gering. Zwar werden Gegenstand und Maßstab der Inhaltskontrolle klargestellt, eine Regelung in Gestalt konkreter Beispiele wäre jedoch in Anbetracht der Ziele der Reform zweckdienlicher.

c) *Gegenstand der Kontrolle*

Wie bei der Regelung bezüglich überraschender Klausel gilt auch hier, dass Bestimmungen, die im Wege der individuellen Einigung Inhalt des Vertrages geworden sind, selbst wenn sie unter die Definition Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Punkt 1 fallen, nicht Gegenstand dieser Kontrolle sind. Umfasst sind vielmehr nur jene Klauseln, die aufgrund der Regelung des Punktes 2 in den Vertrag einbezogen wurden.

Im Wortlaut des Entwurfes nicht klargestellt ist die Frage, ob Gegenstand der Inhaltskontrolle alle über Absatz 2 einbezogenen Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sein sollen oder nur solche, die als Nebenbestimmungen einzustufen sind. Vertreten wird die Ansicht, dass eine gesetzliche Inhaltskontrolle von Bestimmun-

144 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 21) 97.

145 MINPŌ SAIKEN-HŌ KAISEI KENTŌ I'INKAI (Fn. 18) 112 ff.

146 JAPANISCHES MINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND INDUSTRIE, ABTEILUNG FÜR INDUSTRIEORGANISATION, *Minpō (saiken kankei) no kaisei ni kansuru iken-sho* [Stellungnahme zur Reform des Zivilgesetzes (Schuldverhältnisse)], <http://www.moj.go.jp/content/000108221.pdf> (zuletzt aufgerufen 17.2.2014) 8.

147 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 21) 97.

148 K. YAMAMOTO, *Minpō (saiken-hō) kaisei no ronten: Shōhi-sha hogo to iu shiten kara* [Die Diskussionspunkte der Reform des Zivilgesetzes (Schuldrecht): Aus der Perspektive des Verbraucherschutzes], in: *Hōritsu no hiroba* 5 (2013) 27.

gen bezüglich wesentlicher Vertragsbestandteile – also beispielsweise im Falle eines Kaufvertrages Kaufpreis und -sache – nicht nötig sei, da sich die Parteien des Inhalts in der Regel bewusst seien und eine Kontrolle bereits durch die Steuerungskräfte des Marktes erfolge.¹⁴⁹ Allerdings sind auch die wesentlichen Bestandteile eines Vertrages nicht zwangsläufig so simpel, verständlich und vergleichbar wie im Beispiel eines einfachen Kaufvertrages. Man denke als Beispiel an die Regelung der Modalitäten des Restwertausgleichs im Falle eines Leasingvertrages oder die Voraussetzungen des Eintritts des Versicherungsfalles bei Versicherungsverträgen. Es sind also durchaus Fälle denkbar, in denen auch die Regelungen bezüglich wesentlicher Vertragsbestandteile nicht von allen Vertragspartnern verstanden und verglichen werden können, sodass die oben beschriebene Gefahr eines Marktversagens besteht. Zudem ist gerade bei komplizierteren Verträgen die Abgrenzung zwischen wesentlichen Bestandteilen und Nebenbestimmungen nicht unbedingt einfach.¹⁵⁰

Im europäischen Gemeinschaftsrecht trifft Art. 4 Abs. 2 93/13/EWG eine Aussage zu dieser Problematik. Hier werden der Hauptgegenstand des Vertrages sowie das Verhältnis von Preis und Leistung aus dem Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle ausgeschlossen, dies jedoch nur, sofern die entsprechenden Bestimmungen „klar und verständlich“ sind. Auch für den entsprechenden § 307 Abs. 3 S. 1 BGB wird eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung gefordert.¹⁵¹ Aus dieser Regelung ergeben sich allerdings wiederum erhebliche Abgrenzungsprobleme.¹⁵²

Eine gänzliche Begrenzung der Inhaltskontrolle auf Nebenbestimmungen erscheint angesichts der obigen Überlegungen jedenfalls nicht geboten. Der Zwischenentwurf enthält sich der Frage ausdrücklich und möchte die Entscheidung über die Reichweite der Inhaltskontrolle ganz der Auslegung überlassen.¹⁵³

d) *Erstreckung auf B2B-Verträge*

Auf Bedenken stößt zudem, dass der Anwendungsbereich der Regelung anders als etwa die Artt. 8–10 Verbrauchervertragsgesetz auch Verträge zwischen Unternehmern (B2B-Verträge) umfasst.¹⁵⁴ Im Rechtsverkehr zwischen Unternehmen erfolge der Vertragsabschluss in der Regel unter Kenntnis aller Bestimmungen. Sollte dies nicht der Fall sein,

149 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 376.

150 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 376 f.

151 W. WURMNEST, in: Rixecker/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (6. Aufl., München 2012) § 307, Rn. 4.

152 WURMNEST (Fn. 151) § 307, Rn. 5.

153 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 376.

154 S. MORIWAKI, in: Dōgauchi et al., *Saiken-hō kaisei o megutte: Kigyō jitsumu no kanten kara* [Über die Schuldrechtsreform: Aus der Perspektive der unternehmerischen Praxis], in: *Jurisuto* 1392 (2010) 15.

habe ein Unternehmer seine Nichtkenntnis selbst zu verantworten.¹⁵⁵ Eine Regulierung schade dem Wirtschaftsverkehr.

Wie oben¹⁵⁶ diskutiert ist die überzeugendere Rechtfertigung für eine Inhaltskontrolle jedoch gerade nicht jene, die auf das Kräfteverhältnis zwischen den Parteien, sondern jene, die auf ein partielles Marktversagen abstellt. Auch der Reformausschuss stellt in den Anmerkungen zum Zwischenentwurf klar, dass die vorgeschlagene Regelung gerade nicht als Maßnahme zum Schutz der schwächeren Partei zu verstehen ist, der vielmehr den bereits existierenden Regelungen des Verbrauchervertragsgesetzes zu überlassen sei.¹⁵⁷ Da ein solches Marktversagen nicht nur im B2C-Verhältnis sondern ebenso in B2B-Konstellationen auftreten kann, ist es konsequent, auch Letztere in den Anwendungsbereich miteinzubeziehen, statt die Inhaltskontrolle auf Verbraucherverträge zu beschränken. Selbst wenn man jedoch – anders als hier und auch vom Reformausschuss vertreten – die Inhaltskontrolle mit dem Schutz der schwächeren Partei begründen möchte, erscheint ein genereller Ausschluss von B2B-Verträgen nicht sinnvoll. So sind auch zwischen Unternehmen Fälle denkbar, in denen sich zwei Parteien nicht auf Augenhöhe begegnen, sondern die Gefahr eines erheblichen Ungleichgewichts besteht.

Dass bei der Beurteilung der Fairness von AGB-Bestimmungen in einem B2B-Vertrag andere Maßstäbe anzulegen sind als in der Konstellation B2C, leuchtet nichtsdestoweniger ein. Die im Zwischenentwurf vorgeschlagene Formulierung („unter Berücksichtigung [...] der Umstände zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sowie aller anderen Umstände“) erlaubt es jedoch, den Einzelfall flexibel zu beurteilen und die Beurteilung der Angemessenheit von AGB anhand von den Umständen entsprechenden Maßstäbe vorzunehmen. Stehen sich beim Vertragsschluss Unternehmer gegenüber, wird der anderen Partei tendenziell eine größere Eigenverantwortung zuzumuten und die Schwelle der Unangemessenheit entsprechend höher anzusetzen sein. Dass der Vorschlag des Reformausschusses eine solche differenzierte Betrachtung ausdrücklich vorsieht, kann den Befürchtungen, eine Inhaltskontrolle schränke die Vertragsfreiheit zwischen Unternehmern übermäßig ein, entgegengehalten werden. Zu beachten ist zudem, dass bei individueller Einigung im Zuge von Vertragsverhandlungen die Regelung bezüglich unfairer Klauseln gerade nicht zur Anwendung kommt¹⁵⁸, sodass dem Verwender die Möglichkeit bleibt, auch solche Bestimmungen, die im Rahmen einer AGB-Inhaltskontrolle als unfair eingestuft würden, durch individuelle Verhandlungen mit der anderen Partei zum Inhalt des Vertrages zu machen.

Dennoch ist zu überlegen, ob die Zwecke des Verbraucherschutzes und der Gewährleistung eines flexiblen und effektiven Wirtschaftsverkehrs zwischen Unternehmen nicht durch eine ausdifferenziertere Regelung besser erreicht werden können.

155 SHIMAOKA et al. (Fn. 116) 47.

156 Vgl. o. III.2.c).

157 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 376.

158 Vgl. o. V.4.c).

e) *Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Regelung*

Zum Teil wird – insbesondere aus Sicht der Wirtschaft – die Notwendigkeit einer Regelung an sich in Frage gestellt. Argumentiert wird, dass angesichts der bereits bestehenden oder im Zwischenentwurf zur Schuldrechtsreform vorgesehenen Regelungssysteme die zusätzliche Einführung einer Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu einer unnötigen Überregulierung führe.¹⁵⁹ Beispielsweise wären Bestimmungen Allgemeiner Geschäftsbedingungen in einem Verbrauchervertrag bereits der Kontrolle überraschender Klauseln (wenn auch keiner Inhaltskontrolle im engeren Sinne), den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts (Artt. 1 Abs. 2, 90 Zivilgesetz, etc.¹⁶⁰) und der Inhaltskontrolle des Verbrauchervertragsgesetzes unterworfen. Hinzu kämen gegebenenfalls Regelungen spezifischer Gewerbeetze und eine Vorabkontrolle durch die Exekutive.¹⁶¹ Ob hier eine weitere Stufe der Kontrolle nötig ist, erscheint in der Tat zweifelhaft.

Unklar ist, worin der zusätzliche Nutzen der neuen Regelung in der Form, wie sie im Zwischenentwurf vorgeschlagen wird, gegenüber den schon bestehenden Vorschriften liegen soll. Der Unterschied zu den bisherigen Regelungsinstrumenten liegt darin, dass erstmals allein Allgemeine Geschäftsbedingungen zum Gegenstand der inhaltlichen Kontrolle gemacht werden. Im Vergleich mit den allgemeinen Grundsätzen des Zivilgesetzes, die alle vertraglichen Bestimmungen ohne Rücksicht auf ihr Zustandekommen betreffen, ist der Anwendungsbereich damit enger. Im Vergleich zur Inhaltskontrolle der Artt. 8–10 Verbrauchervertragsgesetz ist er einerseits enger in der Hinsicht, dass er nur Allgemeine Geschäftsbedingungen betrifft, und andererseits weiter in der Hinsicht, dass er auch Verträge zwischen Unternehmern umfasst. Wie in den Erläuterungen zum Zwischenentwurf betont wird, ist der wesentliche Zweck der vorgeschlagenen Regelung die Präzisierung der gegenwärtig bereits praktizierten Inhaltskontrolle auf der Grundlage des Art. 90 Zivilgesetz.¹⁶² Dennoch bleibt der Grad der Präzisierung mit der Entscheidung für eine allgemein gehaltene Regelung statt eines Listenmodells, das AGB-spezifische Problemfälle benennt, gering. Hinzu kommt, dass der Zwischenentwurf auch eine Klarstellung des Art. 90 ZG selbst vorsieht¹⁶³, die zu einem ähnlichen Wortlaut führen würde (mit dem Unterschied, dass im Rahmen des Art. 90 ZG eine *grob* übermäßige Benachteiligung Voraussetzung der Unwirksamkeit wäre), was zusätzlich an dem Erfordernis einer separaten Regelung zweifeln lässt.

In der Tat ist zu befürchten, dass die Inhaltskontrolle von AGB in der im Zwischenentwurf vorgeschlagenen Form statt zu der angestrebten Klarstellung der Rechtslage und Präzisierung der Kriterien zu einer Verkomplizierung führt. Geschaffen würde ein zu-

159 SHIMAOKA et al. (Fn. 116) 47.

160 Vgl. o. IV.3.b) aa).

161 Vgl. o. IV.3.a).

162 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 377.

163 Vgl. o. IV.3.b) aa).

sätzliches System der Inhaltskontrolle, das sich in seinem Anwendungsbereich und seinen Kriterien von den bereits bestehenden zwar unterscheidet (wobei auch Anwendungsbereich und Beurteilungskriterien, wie oben gezeigt,¹⁶⁴ nicht vollends geklärt sind), dabei aber keine Klarstellung der Rechtslage erreicht und Abgrenzungsprobleme befürchten lässt.

f) *Fazit*

Sinnvoller als die vorgeschlagene Regelung wäre eine konkretere Ausgestaltung in Form einer *grey list* sowie gegebenenfalls einer *black list*. Angesichts der unterschiedlichen Anforderungen an eine Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen und Verträgen zwischen Unternehmen sowie des zu erwartenden Widerstandes aus der Wirtschaft gegenüber einer solchen Listenregelung wäre auch eine zwischen B2B- und bei B2C-Verträgen differenzierende Regelung in Form separater Listen denkbar. Der zusätzliche Nutzen der Regelung des Zwischenentwurfs gegenüber bereits bestehenden Regelungssystemen muss angesichts ihrer Abstraktheit als gering eingestuft werden.

5. *Änderung allgemeiner Geschäftsbedingungen*

Punkt 5: (1) Gemäß Punkt 2 in den Vertrag einbezogene Allgemeine Geschäftsbedingungen können vom Verwender ohne Zustimmung der anderen Vertragspartei geändert werden, wenn alle folgenden Voraussetzungen erfüllt sind.

a) Die einheitliche Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist rational notwendig.

b) Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind Bestandteil einer Vielzahl von Verträgen und die Erlangung der Zustimmung aller anderen Vertragsparteien stellt eine erhebliche Schwierigkeit dar.

c) Der Inhalt der Änderungen ist unter Berücksichtigung der Notwendigkeit der Änderung im Sinne des a) vernünftig und Umfang und Maß der Änderungen angemessen.

d) Im Falle für die andere Vertragspartei nachteiliger Änderungen sind geeignete Maßnahmen getroffen, die dem Ausmaß des Nachteils entsprechen.

(2) Die Änderungen gemäß (1) sind gültig, sobald der Verwender der anderen Vertragspartei die Änderung sowie den Inhalt der geänderten Bestimmungen auf angemessenem Wege mitteilt.¹⁶⁵

Der Zwischenentwurf stellt obige Regelung unter dem Hinweis vor, dass es sich lediglich um den Versuch einer Formulierung handle und dass die Frage, ob eine entsprechende Regelung aufgenommen werden sollte, sich auch innerhalb des Ausschusses noch im Diskussionsstadium befinde. Verwiesen wird dabei auch auf die bisher mangelnde Behandlung der Frage in Rechtsprechung und Literatur.¹⁶⁶

164 Vgl. ebd.

165 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 2) 51 f., eigene Übersetzung des Verfassers.

166 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 371.

a) *Änderungsvoraussetzungen*

(1) a) und b) benennen die Voraussetzungen für eine nachträgliche Änderung, (1) c) und d) benennen die Anforderungen an das Vorgehen des Verwenders in inhaltlicher, (2) in formeller Hinsicht. Für die Wirksamkeit der Änderung müssen alle fünf Voraussetzungen erfüllt sein. Sie sollen im Folgenden anhand der Erläuterungen zum Zwischenentwurf¹⁶⁷ kurz erörtert werden.

Gemäß (1) a) müsste eine Änderung zunächst unter rationalen Gesichtspunkten notwendig sein. Anlass könnte beispielsweise eine Änderung entsprechender Gesetze oder Verordnungen sein. Zudem genügt es nicht, wenn bereits die Änderung gegenüber einem Teil der Vertragspartner Abhilfe schaffen würde, es muss vielmehr notwendig sein, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber allen Vertragspartnern einheitlich zu ändern.

(1) b) setzt voraus, dass die Änderung der AGB eine Vielzahl von Vertragspartnern betrifft und die Erlangung des Einverständnisses der einzelnen Vertragspartner daher eine erhebliche Schwierigkeit darstellt. Genügen soll unabhängig von der Anzahl der Vertragspartner auch, wenn deren Identität unbestimmt und es dem Verwender somit nicht möglich ist, das individuelle Einverständnis einzuholen. Als Beispiel nennt der Zwischenentwurf Verträge über Prepaid-Karten, also etwa solche für die Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel, bei denen der Kunde Beförderungsleistungen über einen längeren Zeitpunkt in Anspruch nimmt, ohne dass dem Verwender die persönlichen Daten des Kunden bekannt sind.

Bezüglich des Inhalts fordert (1) c), dass die Änderung in ihrem Umfang und ihrem Maß der vorher festgestellten Notwendigkeit in vernünftiger Weise entspricht. Auch Änderungen zu Lasten der anderen Partei wie die Auferlegung von in den AGB vor der Änderung nicht vorgesehenen Pflichten oder die Einschränkung von Rechten sind nicht ausgeschlossen, also möglich, soweit ihr Inhalt diesen Voraussetzungen entspricht.

Im Falle der Nachteiligkeit der Änderung aus Sicht der anderen Partei fordert (1) d), dass der Verwender dem Nachteil entsprechende „geeignete Maßnahmen“ trifft. Worin diese Maßnahmen konkret bestehen, soll Gegenstand der zukünftigen Diskussionen des Reformausschusses sein. Als denkbare Beispiel ist in den Erläuterungen zum Zwischenentwurf ein Kündigungsrecht für jene Vertragspartner, die der Änderung widersprechen, genannt.

(2) setzt für die Wirksamkeit der Änderung die Mitteilung des Verwenders gegenüber der anderen Partei „auf angemessenem Wege“ voraus. Nimmt man an, dass es sich bei der einseitigen Änderung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen um eine Willenserklärung des Verwenders handelt, wäre der Zugang beim Empfänger, also der anderen Partei, Voraussetzung der Wirksamkeit gemäß Art. 97 (1) Zivilgesetz. Da es aber insbesondere bei Änderungen, die für die andere Partei keinen oder lediglich einen geringen

167 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 373 f.

Nachteil darstellen, eine unverhältnismäßige Belastung für den Verwender darstellt, jeden Vertragspartner individuell zu kontaktieren und den Zugang sicherzustellen, wird im Zwischenentwurf eine flexiblere Regelung vorgeschlagen. So soll etwa bei einer lediglich geringfügig nachteiligen Änderung eine Mitteilung auf der Website des Verwenders genügen. Die Anforderungen an die Mitteilung durch den Verwender würden sich also nach Inhalt und Schwere der Änderung richten.

b) Tauglicher Änderungsgegenstand

Wie im Falle der Regelungen bezüglich überraschender und unerwarteter Klauseln sind auch hier Bestimmungen, die im Wege individueller Einigung Vertragsbestandteil wurden, aus dem Regelungsbereich ausgenommen. Bezüglich dieser Klauseln bleibt es daher bei dem Grundsatz des Vertragsrechts, dass eine nachträgliche Änderung nicht ohne erneute Einigung beider Vertragsparteien möglich ist. Konsequenz dieser Regelung ist jedoch, dass für den Verwender ein Anreiz geschaffen wird, individuelle Vertragsverhandlungen zu umgehen und eine Einbeziehung in den Vertrag als AGB anzustreben, da auf diesem Wege eine nachträgliche Änderung ohne Zustimmung der anderen Partei möglich wird.¹⁶⁸

Um diese unerwünschte Wirkung zu vermeiden, wird gefordert, auch im Wege individueller Einigung einbezogene Klauseln in den Anwendungsbereich aufzunehmen und die Änderung durch den Verwender zu vereinfachen. Die Überlegungen, die die nachträgliche Änderung von AGB entgegen den Grundsätzen des Zivilrechts rechtfertigen, greifen in dieser Konstellation allerdings nicht: Im Regelfall des Vertragsschlusses unter Verwendung von AGB kann davon ausgegangen werden, dass die andere Partei von einzelnen Bestimmungen keine Kenntnis nimmt, sondern im Vertrauen, dass der Inhalt sich im Rahmen des Angemessenen bewege, den AGB als Ganzem zustimmt. Sofern sich auch der Inhalt nachträglicher Änderungen in diesem Rahmen bewegt, wird nach dieser Logik das Vertrauen der anderen Partei nicht verletzt.¹⁶⁹ Bei der individuellen Einigung hingegen nimmt die andere Partei Kenntnis vom konkreten Inhalt der einzelnen Bestimmung, stimmt diesem zu und vertraut auf ihren Inhalt. Das Vertrauen der anderen Partei verdient in diesem Fall Schutz; eine nachträgliche Änderung ohne Zustimmung ist ihr daher nicht zuzumuten. Eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Änderungsregelung kann folglich nicht gerechtfertigt werden; es sollte bei der Erfordernis der Zustimmung bleiben.

c) Kritik

Auffällig ist, dass der Vorschlag des Reformausschusses auf das Erfordernis einer Änderungsvorbehaltsklausel völlig verzichtet und damit nachträgliche Änderungen in einem

168 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 59) 374.

169 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 48) 31.

Maße gestatten möchte, wie es in der Literatur bisher nicht einmal diskutiert wurde.¹⁷⁰ Hintergrund ist die Überlegung, dass eine Änderungsklausel in den ursprünglichen AGB in aller Regel von der anderen Partei überhaupt nicht zur Kenntnis genommen würde. Die Änderung von der Existenz einer solchen Klausel abhängig zu machen, sei daher zu formal und „unnatürlich“.¹⁷¹ Die Notwendigkeit einer Änderung sei hingegen auch unabhängig vom Vorhandensein einer solchen Klausel denkbar. Zudem wären, auch wenn man die Möglichkeit der nachträglichen Änderung von der Existenz einer Änderungsvorbehaltsklausel abhängig machen würde, weitere Voraussetzungen zu regeln, da allein eine solche Klausel nicht jede Änderung in jeder Situation rechtfertigen könnte. Nachdem der Ausschuss vorher noch beide Modelle in Betracht gezogen hatte,¹⁷² fiel mit dem Zwischenentwurf daher die Entscheidung für eine Regelung, die auf das Erfordernis einer Vorbehaltsklausel verzichtet.

Auch wenn die Annahme, die andere Partei nehme keine Kenntnis vom Inhalt der AGB, sicherlich in einem Großteil der Fälle zutrifft, verdient doch das Vertrauen jener – wenn auch weniger – Vertragspartner, die von einem Teil des Inhalts der AGB vor oder bei Vertragsschluss Kenntnis nehmen (aber dennoch den AGB als Ganzes zustimmen), zumindest einen gewissen Schutz. Es leuchtet nicht ein, weshalb es dem Verwender nicht zuzumuten sein soll, sich die Änderung seiner AGB ausdrücklich vorzubehalten und die andere Partei von den Änderungsvoraussetzungen in Kenntnis zu setzen. Der Aufwand ist für den Verwender gering, schüfe aber für die andere Partei ein gewisses Maß an Vorhersehbarkeit. Angesichts der vergleichsweise niedrigen Voraussetzungen, unter denen man im Zwischenentwurf ein Abweichen vom Grundsatz des Erfordernis bei nachträglicher Vertragsänderung der Zustimmung gestatten will, scheint es daher vertretbar und angemessen, dem Verwender zuzumuten, durch eine Änderungsvorbehaltsklausel ein gewisses Maß an Transparenz zu schaffen. Die Wirksamkeit einer nachträglichen Änderung sollte neben den vorgeschlagenen Voraussetzungen zusätzlich von der Existenz einer solchen Bestimmung abhängig gemacht werden.

Des Weiteren sind – geschuldet wohl auch dem Umstand, dass die gegenwärtige Regelung nicht mehr als der Versuch einer Formulierung sein will – die einzelnen Voraussetzungen äußerst abstrakt gehalten. Insbesondere die Fragen, unter welchen Umständen eine Notwendigkeit im Sinne des (1) a) anzuerkennen ist, und welche Maßnahmen des Verwenders geeignet im Sinne des (1) d) sind, verlangen eine Präzisierung. Denkbar wäre in beiden Fällen etwa die Aufnahme einer Liste von Beispielsfällen.

Ähnliches gilt für das Erfordernis der Mitteilung gegenüber der anderen Partei gemäß (2). Ab welchem Schweregrad der Änderung eine direkte Mitteilung gegenüber jedem Vertragspartner erforderlich sein soll und in welchem Fall eine generelle Verkün-

170 Vgl. o. IV.4.

171 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 48) 32.

172 ZIVILRECHTSREFORMAUSSCHUSS (Fn. 48) 30 ff.

dung etwa als Aushang in den Geschäftsräumen oder auf der Website des Verwenders genügen soll, sollte präziser benannt werden.

VI. FAZIT

Der Zustand, dass grundlegende rechtliche Fragestellungen eines Phänomens wie dem der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, dem gleichsam jede am wirtschaftlichen Leben teilnehmende Person täglich ausgesetzt ist, in wesentlichen Punkten derart unklar sind, bedarf des gesetzgeberischen Eingreifens des Staates. Insbesondere eine Beseitigung der Rechtsunsicherheit bezüglich der wirksamen Einbeziehung und der Inhaltskontrolle von AGB ist im Interesse sowohl der Wirtschaft als auch des Verbraucherschutzes. Das Vorhaben, im Rahmen der Schuldrechtsreform erstmals Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen in das japanische Zivilgesetz aufzunehmen, ist daher zu begrüßen.

Mit der im Zwischenentwurf vorgeschlagenen Definition des Begriffs wird erstmals die Basis für eine richterliche Beurteilung von AGB geschaffen, die deren besondere Art des Zustandekommens sowie deren Eigenheiten und Unterschiede gegenüber „normalen“ Vertragsbestimmungen berücksichtigt. Mit der Entscheidung für die Vertragstheorie erfährt die seit Jahrzehnten ungelöste Frage nach der theoretischen Grundlage für die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag eine Klärung. Unklarheiten bezüglich der praktischen Voraussetzungen für die wirksame Einbeziehung der AGB-Inhalte in den Vertrag, die sowohl den Verwender als auch die andere Partei betreffen, werden beseitigt.

Während die Frage nach der Wirksamkeit einzelner Inhalte in der Rechtsprechung bisher nicht einheitlich nach festgelegten Gesichtspunkten beurteilt wurde, wird nun erstmals eine klare Struktur der Prüfung vorgegeben. Nach der Frage, ob die Bestimmung wirksam einbezogen wurde, erfolgt eine direkte Inhaltskontrolle der in Frage stehenden Bestimmung. Dass diese beiden Prüfungsschritte klar getrennt und die Kriterien gesetzlich festgelegt werden, sollte zu einer höheren Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Urteile führen.

Die Entscheidung, die direkte Inhaltskontrolle unabhängig von den Eigenschaften der Parteien auf alle Verträge unter der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu erstrecken, statt die AGB-Kontrolle auf ein Instrument des Verbraucherschutzes zu reduzieren, ist konsequent und sinnvoll. Zu kritisieren ist allerdings, dass entgegen den Zielen der Reform bei der vorgeschlagenen Regelung zur Inhaltskontrolle von AGB eine etwa in Form eines Listenmodells mögliche, weitergehende Präzisierung der Maßstäbe unterbleibt. Der Reformausschuss verpasst mit seinem Vorschlag hier die Chance, in einem der wesentlichen Punkte eine Klärung herbeizuführen.

Ob die Regelungen zur nachträglichen Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen letztlich Eingang in den endgültigen Reformvorschlag der Gesetzgebungskommission finden, bleibt abzuwarten. Zweifelhaft ist allerdings, ob die Interessen der anderen Vertragspartei durch das im Zwischenentwurf präsentierte Modell ausreichend gewahrt wären.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die im Zwischenentwurf vorgeschlagenen Regelungen geeignet sind, eine notwendige Klärung der Rechtslage auf dem Feld der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu bewirken. Sie ermöglichen eine gesteigerte Vorhersehbarkeit, ohne dabei zu Konflikten mit der Wirklichkeit des modernen Geschäftsverkehrs zu führen. Die Hauptziele der Schuldrechtsreform – namentlich eine gesteigerte Verständlichkeit und eine Modernisierung des Schuldrechts – können auf diesem Wege erreicht werden. Insbesondere im Punkt der Inhaltskontrolle wäre allerdings eine darüber hinausgehende Präzisierung möglich und auch wünschenswert.

ZUSAMMENFASSUNG

Der in Japan wie in Europa alltägliche Vertragsschluss unter Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen wirft spezifische juristische Fragen auf. Beschäftigen Literatur und Rechtsprechung sich auch in Japan mit der Behandlung dieser Probleme, so sind sie doch weder im japanischen Zivilgesetz noch in Nebengesetzen geregelt. Mit der geplanten Reform des Schuldrechts im Zivilgesetz wird sich dies jedoch voraussichtlich ändern: Der im Februar 2013 veröffentlichte Zwischenentwurf des Zivilrechtsreformausschusses des Justizministeriums sieht neben zahlreichen anderen Änderungen auch die erstmalige Aufnahme von Vorschriften zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor.

Dieser Beitrag hat das Ziel, die voraussichtlichen Änderungen anhand der Vorschläge des Zwischenentwurfs zu analysieren und zu beurteilen. Er gliedert sich dabei in vier Hauptabschnitte: Der erste Abschnitt schildert zunächst knapp die Kodifikationsgeschichte und in ihr begründete Charakteristika des Zivilgesetzes, um darauf aufbauend Motive und Inhalte der Schuldrechtsreform sowie deren bisherigen und zukünftigen Ablauf zu beschreiben. In einem zweiten Abschnitt werden zunächst im Allgemeinen juristische Fragestellungen, die sich aus der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ergeben, aufgezeigt. Im Anschluss schildert der dritte Abschnitt die gegenwärtige Rechtslage in Japan, also die Behandlung dieser Probleme durch die japanische Rechtsprechung, Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtswissenschaft. Der vierte Abschnitt beschreibt sodann auf der Grundlage der entsprechenden Abschnitte des Zwischenentwurfes die Regelungsvorschläge des Zivilrechtsreformausschusses. Kritik und abweichende Ansichten innerhalb des Ausschusses sowie von Seiten der Wissenschaft und von Interessenverbänden werden diskutiert. Zum Inhalt des Zwischenentwurfs und zu möglichen alternativen Regelungsmöglichkeiten wird Stellung genommen. Den Schluss der Arbeit bildet ein die angestrebten Regelungen zusammenfassend bewertendes Fazit.

SUMMARY

Standard business conditions are a common phenomenon in Japan as in other legal systems. Differing from the conventional method of concluding a contract, they bring about

specific legal problems. While these questions are discussed in the literature as well as in court decisions, neither the Japanese Civil Code nor other legislation contains provisions specifically regulating these questions. However, this will likely change as the law of obligations in the Civil Code is about to undergo a comprehensive reform. Among other items, the interim report finalized in February 2013 by the Legislative Council of the Ministry of Justice also introduces rules on standard business conditions.

This paper aims to analyze and discuss the envisaged regulations proposed by the interim report. In the first section of this paper, the history and characteristics of the Civil Code are briefly described. Then the motives and contents as well as the previous and future course of the reform are explained. The second section illustrates in general the legal problems which the utilization of standard business conditions entails. Subsequently, the third section describes the way these problems are currently dealt with in Japanese case law, legislation, by the administration, and in academia. The fourth section then details the provisions proposed by the Legislative Council based on the interim report. The contents of the proposal as well as criticism and differing opinions within the council and by legal scholars and interest groups are discussed and evaluated. The contribution closes by summarizing and assessing the envisaged regulations and alternative legislative options.

