

## ABHANDLUNGEN / ARTICLES

### **AGB-Kontrolle in Japan und Deutschland**

Jürgen BASEDOW\*

- I. Einleitung
- II. AGB-Kontrolle in Japan – ein unbeliebtes Thema?
- III. AGB-Kontrolle – ein zentrales Thema in Deutschland
- IV. Blick auf Europa
- V. Anwendungsbereich der japanischen Regelung
- VI. Battle of the forms
- VII. Inhaltskontrolle
- VIII. Rechtsfolgen der AGB-Kontrolle für den Gesamtvertrag
- IX. Offenlegung der Klauseln
- X. Resümee

#### I. EINLEITUNG

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind eine notwendige und sinnvolle Begleiterscheinung der Marktwirtschaft. Die private Initiative, die den Wirtschaftsablauf in einer wettbewerblichen Marktwirtschaft bestimmt, bringt ständig neuartige Leistungen und Leistungskombinationen hervor, die der rechtlichen Gestaltung bedürfen. Das staatliche Vertragsrecht ist dafür zu grobmaschig und in seiner Anpassung an die Marktprozesse zu langsam. Private Marktteilnehmer und ihre Verbände sind eher in der Lage, im Interesse kostengünstiger Gleichförmigkeit von Leistungsbeziehungen, internen Geschäftsabläufen und Risikoverteilungen die passenden Regeln zu entwickeln. Private Initiative birgt aber auch das Risiko der Übervorteilung der Gegenpartei. Deshalb ist AGB-Kontrolle notwendig. Sie kann durch Gesetzgeber, Verwaltung oder Gerichte vollzogen werden; hier ist von der AGB-Kontrolle durch Zivilgerichte die Rede. Sie wirft regelmäßig einige Kernfragen auf:

---

\* Prof. Dr. Dr. h.c. mult., LL.M. (Harvard Univ.), Direktor em. am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; Professor an der Universität Hamburg.

- (1) Was sind AGB?
- (2) Sind AGB Bestandteil des Vertrages geworden (Einbeziehungskontrolle)?
- (3) Wie sind die AGB auszulegen (Auslegungskontrolle)?
- (4) Wenn AGB in den Vertrag einbezogen wurden und ihre Auslegung klar ist, kann das Gericht einer AGB-Klausel dennoch wegen Benachteiligung der Gegenpartei die Wirksamkeit versagen (Inhaltskontrolle)?
- (5) Wie ist die Lücke zu füllen, wenn AGB unwirksam sind?

Auf einige dieser Fragen gibt das novellierte Zivilgesetz 2020 für Japan nun erstmalig Antwort.<sup>1</sup> Die Artikel 548-2 bis 548-4 enthalten dazu Vorschriften, die im Folgenden vor dem Hintergrund des deutschen Rechts näher kommentiert werden. Die Reform schweigt aber zur Auslegung von AGB und zur Frage der Lückenfüllung. Im Folgenden sollen nach einigen allgemeinen Anmerkungen Einzelfragen aufgeworfen werden, die sich aus dem Studium der neuen Bestimmungen ergeben.

## II. AGB-KONTROLLE IN JAPAN – EIN UNBELIEBTES THEMA?

Wenn ich die mir sprachlich zugänglichen Äußerungen japanischer Juristen zu der Reform Revue passieren lasse, kann ich mich des Eindrucks nicht erwehren, dass diese Materie in Japan auf relativ geringes Interesse stößt. In dem Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht tauchen Allgemeine Geschäftsbedingungen in dem Kapitel zum Vertragsrecht von *Keizō Yamamoto* gar nicht auf, vermutlich im Hinblick auf die gesonderte Erörterung durch *Marc Dernauer*, der sie freilich mit dem Interesse des deutschen Juristen und in einer am deutschen Recht orientierten Systematik behandelt.<sup>2</sup> Nach *Dernauer* sind AGB auch in Japan beim Güter- und Leistungsaustausch des täglichen Lebens weit verbreitet, dies auch bei Standardverträgen zwischen Unternehmen.<sup>3</sup> Eine AGB-Kontrolle war bislang freilich nur in einzelnen Wirtschaftszweigen *ex ante* durch Verwaltungsbehörden vorgesehen sowie im Übrigen für Verbrauchergeschäfte in den Artikeln 8 bis 10 des Verbrauchergesetzes geregelt.<sup>4</sup> Im allgemeinen Zivilrecht

---

1 Die deutsche Übersetzung des novellierten Zivilgesetzes findet sich in ZJapanR/J.Japan.L. 45 (2018) 184–305 mit einer Einführung von K. YAMAMOTO, 177–182.

2 Siehe H. Baum/M. Bälz (Hrsg.), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Köln 2011), darin: K. YAMAMOTO, Vertragsrecht, 461–520, und M. DERNAUER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 521–32.

3 DERNAUER (Fn. 2) Rn. 1.

4 Gesetz über Verbraucherverträge Nr. 61/2000, deutsche Übersetzung in M. DERNAUER, Das japanische Gesetz über Verbraucherverträge in: ZJapanR/J.Japan.L. 11 (2001) 247–254; siehe näher DERS., Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit im ja-

haben die Gerichte gelegentlich zu Zwecken der AGB-Kontrolle die Einbeziehung von AGB in den Vertrag abgelehnt oder bestimmte Klauseln von unsicherer Tragweite zu Lasten des Verwenders ausgelegt. Eine offene Inhaltskontrolle sei jedoch „selten“.<sup>5</sup> Dies ergibt sich ebenso aus einer detaillierten Erörterung der japanischen Rechtsprechung durch *Karaiskos*.<sup>6</sup>

Die nun verabschiedeten Vorschriften zur – indirekten – richterlichen Inhaltskontrolle haben in den mir sprachlich zugänglichen Publikationen nur geringe Aufmerksamkeit gefunden. Es ist bezeichnend, dass *Masamichi Okuda*, der Vorsitzende der Sachverständigenkommission, welche die Zivilrechtsreform vorbereitete, in seinem Überblick über die Reformvorschläge die AGB-Kontrolle vor einigen Jahren nur am Rande erwähnte. Unter den „wichtigen Reformbestrebungen“ nennt er u. a. Fragen der Verjährung, des Erfüllungsanspruchs, des Rücktritts vom Vertrag, der Pflichten bei Vertragsverhandlungen sowie Regeln zu Bürgschaft und Kauf, die Absicht zur Einführung von Vorschriften über AGB führt er dagegen ohne nähere Erläuterung nur unter „Ergänzende Hinweise und Schlussbemerkungen“ auf.<sup>7</sup> *Tomohiro Yoshimasa* erwähnt in einem kürzlich erschienenen Tagungsband zwar verschiedene kritische Äußerungen zu den neuen Vorschriften.<sup>8</sup> Freilich scheinen sich alle – ebenso wie er selbst und auch die gesetzliche Regelung – auf die Frage der Einbeziehung von AGB in den Vertrag zu beschränken. Dass es bei der AGB-Kontrolle im Kern um inhaltliche Ausgewogenheit und Fairness geht, findet keine Erwähnung, obwohl doch im praktischen Rechtsleben die Frage der Einbeziehung immer nur bei Klauseln aufgeworfen wird, die *inhaltlich* unangemessen sind.

---

panischen Recht (Tübingen 2006) 245–268; K. YAMAMOTO, Das Verbrauchervertragsgesetz in Japan und die Modernisierung des Zivilrechts, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes – Festschrift für Manfred Rehbinder (Bern 2002) 819–836.

5 DERNAUER (Fn. 2) Rn. 36.

6 A. KARAIKOS, Regulation of Unfair Contract Terms in Japan, *Waseda Bulletin of Comparative Law* 28 (2010) 13–44.

7 M. OKUDA, Gegenwärtiger Stand der Schuldrechtsreform in Japan und Überblick über die Reformvorschläge, *ZJapanR/J.Japan.L.* 39 (2015) 3–33; siehe einerseits Abschnitt IV.2. (7–30) und andererseits Abschnitt V.1. (30).

8 T. YOSHIMASA, The Reform of Japanese Contract Law and the Principle of Self-Responsibility, in: Yamamoto/Nishitani/Baum (Hrsg.), Gegenwärtiger Stand und Aufgabe der Privatautonomie in Japan und Deutschland, *ZJapanR/J.Japan.L. Sonderheft* 14 (Köln 2019) 27–39, 33–34; in Fn. 12 und 13 zitiert der Autor Publikationen von *Kawakami*, *Okino* und *Shiomi*, dies jedoch immer im Hinblick auf die Einbeziehung von AGB.

### III. AGB-KONTROLLE – EIN ZENTRALES THEMA IN DEUTSCHLAND

Das Gewicht der AGB-Kontrolle ist im deutschen Zivilrecht sehr viel größer. Und es war dies schon bei Erlass des AGB-Gesetzes von 1976,<sup>9</sup> dessen materiellrechtliche Vorschriften später ins BGB transferiert wurden, siehe jetzt §§ 305–310 BGB. Nachdem die Rechtsprechung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof bereits einzelne AGB-Klauseln für unwirksam erklärt hatte, wurde eine gesetzliche Regelung auf dem Deutschen Juristentag vorbereitet, der im September 1974 im Congress Centrum Hamburg stattfand. Gutachter war *Hein Kötz*, Referent *Peter Ulmer*; ich selbst hatte gerade mein erstes Staatsexamen absolviert und wurde von den Veranstaltern als Protokollant engagiert. Die Zivilrechtliche Abteilung fand im größten Saal des Congress Centruns statt und wurde von über 1.000 Teilnehmern besucht; unzählige Verbände und Unternehmen hatten ihre Justiziere geschickt. Nicht ohne Grund befürchteten sie, dass ein künftiges Gesetz in ihre Vertragsbedingungen und damit oft auch in ihre Geschäftsabläufe eingreifen würde. Bei keinem späteren Juristentag hat es nach meiner Kenntnis in einer zivilrechtlichen Abteilung ein ähnlich großes Echo gegeben.

Die hochgradige Aufmerksamkeit hat sich in der Anwendung des AGB-Rechts fortgesetzt. Bei Eingabe des Suchwortes „AGB“ in die Datenbank Beck-Online wurden mir für die 12 Monate von Februar 2018 bis Januar 2019 nicht weniger als 147 Urteile des Bundesgerichtshofs nachgewiesen. In vielen ging es um die Auslegung, in manchen um die Einbeziehung, in wieder anderen aber auch um die Wirksamkeit von AGB, vornehmlich in Verbraucherverträgen, in manchen Fällen aber auch in Verträgen des Wirtschaftsverkehrs. Dieser Befund deckt sich mit der Beobachtung, wonach fast in jedem vertragsrechtlichen Streit früher oder später die AGB-Kontrolle zur Sprache kommt.

Die Regelung des AGB-Rechts im neuen japanischen Zivilgesetz deutet auf eine Annäherung hin. Ob es dazu wohl auch in der Rechtswirklichkeit kommen wird? Nach den Vorbemerkungen mag das zweifelhaft erscheinen. Die große Intensität der AGB-Kontrolle in Deutschland scheint auch noch mit anderen Faktoren als nur mit dem unterschiedlichen Gesetzesrecht zusammenzuhängen, so etwa mit der Stärkung der Verbraucherverbände, mit der Verbandsklage, die sowohl auf Verbrauchermärkten wie im Wirtschaftsverkehr verfügbar ist, und auch mit einer gewissen Streitlust, die durch den immer intensiveren Wettbewerb in der deutschen Anwaltschaft stark angeheizt wird.<sup>10</sup>

---

9 Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976, BGBl. I, 3317.

10 Seit der deutschen Wiedervereinigung im Jahre 1990 hat sich die Anzahl der zugelassenen Rechtsanwälte von etwa 56.000 auf rund 165.000 fast verdreifacht, s. die

## IV. BLICK AUF EUROPA

Die Bedeutung solcher Faktoren, die außerhalb des maßgeblichen materiellen Rechts angesiedelt sind, zeigt sich auch in der europäischen Rechtsangleichung. Die Harmonisierung der Kontrollmaßstäbe durch die Richtlinie 93/13,<sup>11</sup> die nur auf Verbraucherverträge anzuwenden ist, hat keineswegs in allen EU-Mitgliedstaaten zu einer vergleichbaren Kontrolldichte geführt. Dies liegt zum Teil an Auslegungsdivergenzen,<sup>12</sup> die freilich mit Hilfe des Europäischen Gerichtshofs im Prinzip überwunden werden können.<sup>13</sup> Dass die Europäische Richtlinie in Großbritannien fast nie höchstrichterliche Urteile generiert, in Deutschland aber ständig, liegt auch an exogenen Faktoren wie zum Beispiel unterschiedlichen Gebührenregelungen oder prohibitiven Anwaltskosten.

In Bezug auf den Wirtschaftsverkehr gilt nicht die EU-Richtlinie, sondern nationales Recht. Hier bestehen zwischen den europäischen Ländern erhebliche materiellrechtliche Unterschiede in der AGB-Kontrolle: Während der BGH in Deutschland von der Generalklausel des § 307 BGB oft und gern Gebrauch macht, gibt es eine solche Generalklausel im britischen Recht gar nicht<sup>14</sup> und hat Frankreich sie erst durch die *Ordonnance* von 2016 in Art. 1171 Code civil eingeführt.<sup>15</sup> Der italienische Codice civile von 1942 ist zwar mit Regeln über die Einbeziehungskontrolle vorangegangen; einige

---

Website der Bundesrechtsanwaltskammer: [www.brak.de/statistiken](http://www.brak.de/statistiken) → Entwicklung der Zahl zugelassener Rechtsanwälte von 1950 bis 2018 (Grafik).

- 11 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95/29.
- 12 Siehe dazu etwa H. KÖTZ, Schranken der Inhaltskontrolle bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2012, 332–350; danach werden Gebührenregelungen in den AGB der Banken von der deutschen Rechtsprechung in weitem Umfang der AGB-Kontrolle unterzogen, während der britische Supreme Court eine solche Kontrolle abgelehnt hat.
- 13 Dazu dient das Vorlageverfahren gemäß Art. 267 AEUV; ein Überblick über die Rechtsprechung des EuGH zu der Richtlinie findet sich bei J. BASEDOW, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 8. Aufl. 2019, vor § 305, Rn. 46–63; zur Auswirkung auf die deutsche Gesetzeslage siehe F. GRAF VON WESTPHALEN, Neue Urteile des EuGH zur Klauselrichtlinie 93/13/EWG und ihre Auswirkungen auf das AGB-Recht, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2019, 121–127.
- 14 Der Unfair Contract Terms Act 1977, c. 50, enthält lediglich spezifische Klauselverbote und keine Generalklausel.
- 15 Ordonnance No. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O. no. 35 du 11 février 2016; eine deutsche Übersetzung von *Hans-Jürgen Sonnenberger* findet sich in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2017, 195–214; siehe dazu: H.-J. SONNENBERGER, Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuld-

besonders belastende Klauseln werden danach nur bei gesonderter Zustimmung Vertragsbestandteil. Auch die Auslegung gegen den Verwender ist geregelt, nicht aber die richterliche Inhaltskontrolle.<sup>16</sup> Im Obligationenrecht der Schweiz fehlt bis heute jegliche Grundlage für die AGB-Kontrolle, sowohl in Verträgen zwischen Unternehmen wie auch in Verbraucherverträgen. Ansätze gibt es lediglich im Recht des unlauteren Wettbewerbs.<sup>17</sup>

Auch wenn die praktischen Wirkungen der AGB-Kontrolle von verschiedenen Faktoren abhängen, sind materiellrechtliche Vorschriften, die eine solche Kontrolle ermöglichen, doch eine notwendige Grundlage dafür. Vor diesem Hintergrund sollen die neuen japanischen Bestimmungen näher beleuchtet werden. Dabei bin ich auf die deutsche Übersetzung angewiesen.

#### V. ANWENDUNGSBEREICH DER JAPANISCHEN REGELUNG

Art. 548-2 regelt in Abs. 1 die Einbeziehung von AGB in den Vertrag und in Abs. 2 in der Sache eine Inhaltskontrolle einseitiger AGB, die sich aber formal als Einbeziehungskontrolle gibt; denn allzu einseitige Bestimmungen gelten als nicht vereinbart. Art. 548-3 regelt die Offenlegung des Inhalts der standardisierten Geschäftsbedingungen, freilich nicht als Voraussetzung für deren wirksame Einbeziehung, sondern als Anspruch gegen den Verwender. In Art. 548-4 findet sich eine detaillierte Regelung für die Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, wie sie bei Dauerschuldverhältnissen regelmäßig vorkommt. Die folgende Erörterung beschränkt sich auf die beiden ersten Vorschriften.

Art. 548-2 Abs. 1 lautet (ohne Parenthesen):

„Wird eine Vereinbarung über die Vornahme eines standardisierten Geschäfts (...) geschlossen (...), so gelten auch die einzelnen Bestimmungen in den standardisierten Geschäftsbedingungen (...) als vereinbart, wenn

1. vereinbart wird, dass die standardisierten Geschäftsbedingungen Vertragsinhalt werden, oder
2. derjenige, der die standardisierten Vertragsbedingungen verwendet (...), gegenüber der anderen Partei im Voraus erklärt, dass die standardisierten Vertragsbedingungen Vertragsinhalt werden.“

Nach dem Wortlaut von Art. 548-2 Abs. 1 gilt diese Bestimmung nur für die Einbeziehung von AGB, wenn eine Vereinbarung über die Vornahme eines *standardisierten Geschäfts* vorliegt. Dieser Begriff wird in einer der Paren-

---

rechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance No. 2016-131 vom 10.2.2016, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2017, 6–67, 41 f.

16 Zur Einbeziehung von AGB siehe die Art. 1341 und 1342, zur Auslegung Art. 1368 Abs. 2 Codice civile.

17 Siehe Art. 8 UWG mit den prozessualen Ergänzungen in Art. 9.

thesen der zitierten Vorschrift näher definiert; danach ist ein *standardisiertes Geschäft* ein Geschäft einer bestimmten Person mit einer unbestimmten Vielzahl von Personen, bei dem die gänzliche oder teilweise Einheitlichkeit der Inhalte für beide Seiten sachgerecht ist.

Die Legaldefinition wirft Fragen auf. Was hat man sich unter *einem* Geschäft vorzustellen, das mit einer unbestimmten Vielzahl von Personen abgeschlossen wird? Dergleichen mag im Gesellschaftsrecht (z.B. öffentliche Übernahmeangebote) vorkommen; aber auch dort werden die Geschäfte, um die es letztlich im Streitfall geht, letztlich zwischen einzelnen Personen abgeschlossen. Man könnte auch an bilaterale Geschäfte wie etwa Transportverträge denken, über die begebare Wertpapiere, z.B. Konnossemente ausgegeben werden; zwar gibt es hier nur zwei Vertragsparteien, aber potenziell kann das Konnossement an eine unbestimmte Vielzahl von Personen weitergegeben werden. Damit würde freilich das Charakteristikum der AGB gerade nicht erfasst: Sie werden in alltäglichen Verträgen zwischen zwei präzise bestimmten Personen verwendet, werden aber für eine Vielzahl von ähnlichen Verträgen vorformuliert. Sinnvoller dürfte es deshalb sein, das Wort von dem *einen* Geschäft nicht im Sinne eines *Zahlwortes* zu verstehen, sondern als *unbestimmten Artikel*. Es geht um Geschäfte (Plural), die ein Verwender mit einer unbestimmten Vielzahl von Personen in gleichförmiger Weise abschließt. Wie sollte auch der Richter in einem gewöhnlichen Zivilprozess mit zwei Parteien ermitteln, ob das streitige Geschäft auch noch andere Parteien hat, die an dem Prozess gar nicht beteiligt sind?

Auch wenn man die Legaldefinition so versteht, bleibt freilich unklar, warum dies davon abhängig gemacht wird, dass die Gleichförmigkeit der Inhalte *sachgerecht* ist. Wenn das Kriterium wie in Art. 548-2 den Anwendungsbereich einer gesetzlichen Vorschrift regelt, ist es Sache des Gerichts, dies zu überprüfen. Damit fließen gewisse Wertungen in die Anwendung ein. Für die Beurteilung kann die Existenz der standardisierten Vertragsbedingungen selbst keine Rolle spielen, denn es geht ja gerade darum, ob die Vorschrift über ihre Einbeziehung anwendbar ist. Angenommen, das Gericht stellt fest, dass die Gleichförmigkeit der Inhalte *nicht sachgerecht* ist, wonach richtet sich die Einbeziehung der AGB dann? Diese Erwägungen sprechen dafür, dass es letztlich Sache der Parteien ist, ob sie eine Gleichförmigkeit der Inhalte für *sachgerecht* halten. Dies muss auch deshalb gelten, weil das Gericht über keine Grundlage für die Beurteilung der Sachgerechtigkeit verfügt; dies ist ja im Wesentlichen eine Frage der wirtschaftlichen Effizienz und Sinnhaftigkeit, siehe oben I. Im Ergebnis sollte die Vorschrift daher so ausgelegt werden, dass sie zur Anwendung kommt, wenn in dem Streitbefangenen Vertrag standardisierte Bedingungen enthalten sind.

Eine zentrale Frage geht dahin, worin sich die standardisierten Bedingungen von anderen Vertragsbestandteilen unterscheiden. Zwar kommt dies

in Art. 548-2 ZG – anders als in § 305 Abs. 1 S. 3 BGB – nicht speziell zum Ausdruck; doch dürfte es an der Standardisierung fehlen, wenn Klauseln individuell ausgehandelt worden sind. Sie sind dann ja gerade nicht mehr *standardisiert*. Dabei empfiehlt es sich, von individuell ausgehandelten Bedingungen schon dann auszugehen, wenn nur einzelne Klauseln eines Vertragsformulars Gegenstand von Verhandlungen waren. Denn dies spricht dafür, dass die Gegenpartei sich die Klauseln insgesamt angesehen hat.

Ein Beispiel für standardisierten Klauseln findet sich etwa in Franchisingverträgen im Lebensmittelhandel, in denen häufig alle Details für sämtliche Franchisingnehmer in gleicher Weise geregelt sind: von der Größe und Gestaltung der Geschäftsräume über die Öffnungszeiten, das Sortiment an Waren sowie ihre Aufmachung und Anordnung bis hin zu Umsatzzielen und der Rückgabe unverkaufter Ware; die einzigen individuellen Bestandteile sind häufig der Name des Franchisingnehmers und die Adresse der Geschäftsräume. Wie steht es aber mit Verträgen, bei denen es an der geschilderten Gleichförmigkeit der Vertragsbeziehungen fehlt, weil die technischen Spezifikationen oder auch besondere Pflichten der Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt werden? Dergleichen kommt im Wirtschaftsverkehr zwischen Unternehmen sehr häufig vor, man denke nur an Architekten- und Bauverträge, an Industrieversicherungen mit individueller Risikoprüfung und detaillierter Festlegung von Obliegenheiten oder auch an Speditions- und Rahmentransportverträge, bei denen die Parteien häufig im Einzelnen aushandeln, wie Transportgüter zu verpacken sind, welche Seite für die erforderlichen Dokumente zu sorgen hat, und wer die Versicherungslast trägt; gleichwohl werden in all diesen Verträgen regelmäßig AGB in Bezug genommen. Sie regeln eine Fülle von Nebenfragen, die aber im Einzelfall doch schnell zu Hauptfragen werden können: Man denke etwa an Verjährung, Aufrechnung, Schriftform von Änderungen, Verzug oder Streitbeilegung. Solche Verträge sind gewissermaßen „halbstandardisiert“.

Handelt es sich dabei um „standardisierte“ Geschäfte im Sinne von Art. 548-2? Nach den obigen Ausführungen wird man dies bejahen müssen. Wenn es sich aber bei ihnen nicht um standardisierte Geschäfte im Sinne von Art. 548-2 handeln sollte, findet die Vorschrift nach ihrem Wortlaut keine Anwendung. Wie werden solche AGB dann Vertragsbestandteil? Nach den allgemeinen Bestimmungen zum Vertragsschluss? Die Einbeziehungsalternative „Vereinbarung“ in Nr. 1 entspricht den allgemeinen Vertragsschlussregeln, die einseitige Erklärung in Nr. 2 jedoch nicht, dürfte aber in der Praxis viel häufiger vorkommen. Immerhin wird man, wenn die Gegenseite ihre Leistungen schon erbracht hat, annehmen können, dass darin eine stillschweigende Zustimmung zu den AGB liegt, auf die der Verwender bei Vertragsschluss hingewiesen hat. Wenn es aber *ohne* bzw. *vor* Erfüllungshandlungen des Vertragspartners zum Streit kommt, ist dieser

Weg nicht gangbar. Soll der Vertrag dann allein dispositivem Gesetzesrecht unterliegen? Das führt bei modernen Vertragstypen nicht weiter, wenn sie im Gesetz überhaupt nicht oder nur in Ansätzen geregelt sind.

## VI. BATTLE OF THE FORMS

Ein Standardproblem des AGB-Rechts entsteht im Handelsverkehr, wenn beide Vertragsseiten in ihren Vertragsverhandlungen erklären, zu den eigenen AGB abschließen zu wollen und diese AGB nicht übereinstimmen, wenn also z.B. Verkaufsbedingungen auf Einkaufsbedingungen prallen. Im Englischen spricht man von *battle of the forms*.

Für internationale Handelsverträge haben die Unidroit Principles of International Commercial Contracts die Problematik differenziert geregelt: Soweit die AGB-Klauseln der beiden Seiten in der Sache übereinstimmen, sollen diese Klauseln gelten, soweit nicht eine Seite klar zum Ausdruck gebracht hat, dass sie durch einen solchen Vertrag nicht gebunden sein will.<sup>18</sup> Ähnliches bestimmen in Bezug auf einander widersprechende Rechtswahlklauseln die Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht.<sup>19</sup> Wenn die Rechtswahlklauseln in den AGB der beiden Vertragsparteien auf dasselbe nationale Recht verweisen, gilt danach dieses Recht als vereinbart. Wenn die Klauseln dagegen verschiedene Rechtsordnungen bezeichnen, ist keine Rechtswahl getroffen worden; welches Recht dann zur Anwendung kommt, ist nicht geregelt. Für den Fall der partiellen Übereinstimmung ist dies auch eine der Lösungen, die sich bei rechtsvergleichender Umschau im materiellen Vertragsrecht antreffen lassen und die dem gemeinsamen Willen der Parteien im größtmöglichen Maße Rechnung trägt.

Art. 548-2 Abs. 1 lässt diese Frage offen. Art. 548-2 Abs. 1 Nr. 2 ist auf die einseitige Einbeziehungserklärung einer einzigen Partei zugeschnitten. Was soll gelten, wenn *beide* Seiten im Voraus erklären, dass sie zu ihren eigenen AGB abschließen? Soweit die AGB-Klauseln übereinstimmen, wird man den Gedanken der Unidroit Principles und der Hague Principles aufgreifen können und den gemeinsamen Kern der beiden AGB-Regelwerke als vereinbart ansehen können. Aber wie verhält es sich, wenn die Klauseln einander widersprechen, ohne dass die Parteien dies bei Vertragsschluss bemerkt haben? Soll dann die *First shot*-Regel den Ausschlag geben oder aber das *letzte Wort*? Dies würde zu sehr zufälligen Ergebnissen

---

18 Siehe Art. 2.1.22 der Unidroit Principles of International Commercial Contracts (Rom 2010).

19 Siehe Art. 6 der Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, siehe die Website der Haager Konferenz: [hcch.net](http://hcch.net) → Instruments.

führen, gerade auch wenn die AGB sogenannte Abwehrklauseln gegen alle anderslautenden AGB der Gegenseite enthalten. Man sollte in solchen Fällen eher auf das dispositive Gesetzesrecht rekurrieren, wie es im Übrigen auch der herrschenden Meinung in Deutschland entspricht.<sup>20</sup>

## VII. INHALTSKONTROLLE

Die Inhaltskontrolle ist in der Sache in Art. 548-2 Abs. 2 geregelt:

„Ungeachtet der Vorschrift des Abs. 1 gelten die Bestimmungen nach Abs. 1, die die Rechte der anderen Partei beschränken oder deren Pflichten erweitern, als nicht vereinbart, sofern unter Berücksichtigung der Art und der Umstände des standardisierten Geschäfts sowie der allgemeinen Verkehrsauffassung anzuerkennen ist, dass sie entgegen dem Grundsatz des Art. 1 Abs. 2 die Interessen der anderen Partei einseitig verletzen.“

Die Bewertung des Inhalts der AGB wird hier also als Frage der Einbeziehung der AGB geregelt; es handelt sich um eine verkappte oder indirekte Inhaltskontrolle. Auch sie gilt freilich nur für „standardisierte Geschäfte“; wenn dieser Begriff eng ausgelegt wird, scheidet sie für „halbstandardisierte“ Geschäfte also aus.<sup>21</sup> Nach den früheren Ausführungen liegt aber eine weite Auslegung des Begriffs der standardisierten Geschäfte und damit auch eine Anwendung der verkappten Inhaltskontrolle näher.

Für die verkappte Inhaltskontrolle nennt Art. 548-2 ZG nur sehr vage Kriterien. Auch fehlt es an spezifischen Klauselverboten nach Art der §§ 308 und 309 BGB. Zwar sind sie im Verkehr zwischen Unternehmen nicht unmittelbar anwendbar, doch haben sie immerhin eine indizielle Wirkung. Manche von ihnen sind auch aus der Rechtsprechung von vor 1976 hervorgegangen, die vielfach den kaufmännischen Verkehr betraf. Demgegenüber stellt die Generalklausel des Art. 548-2 allein darauf ab, ob Klauseln „unter Berücksichtigung der Art und der Umstände des standardisierten Geschäfts sowie der allgemeinen Verkehrsauffassung [...] entgegen dem Grundsatz des Art. 1 Abs. 2 die Interessen der anderen Partei einseitig verletzen.“ Mit der Verweisung auf Art. 1 Abs. 2 sind offenbar die Standards der Redlichkeit sowie von Treu und Glauben gemeint, die sich auch in § 307 Abs. 1 S. 1 BGB finden. Die Bezugnahme auf die Verkehrsauffassung spiegelt im deutschen Recht § 310 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen ist.

Auch damit werden die Konturen der Vorschrift aber nicht klarer; die entsprechende Generalklausel des § 307 BGB hat klarere Konturen. Dies beginnt bei dem Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle. Anders als in der

---

20 BGH, 24.10.2000, Neue Juristische Wochenschrift-RR 2001, 484–485, 485; BASEDOW (Fn. 13) § 305, Rn. 115 ff.

21 Siehe oben Abschnitt V.

deutschen Generalklausel (§ 307 Abs. 3) findet sich in der japanischen Vorschrift keine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf AGB-Klauseln, durch die von Rechtsvorschriften abgewichen wird. Der deutsche Gesetzgeber wollte eine AGB-Kontrolle von Preisen sowie des Preis-Leistungsverhältnisses verhindern und diese Hauptbestandteile des Vertrages dem Wettbewerb überlassen. Die AGB-Kontrolle sollte den Wettbewerb bezüglich der Hauptparameter des Vertrages gerade fördern, indem sie allzu gravierende Benachteiligungen der anderen Vertragspartei in AGB korrigierte. Ob preisbezogene AGB-Klauseln auch nach Art. 548-2 Abs. 2 von der AGB-Kontrolle ausgenommen sind, ist zweifelhaft.

Für die eigentliche AGB-Kontrolle nennt § 307 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB drei Kriterien: die Transparenz einer Klausel, ihre Vereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken des dispositiven Gesetzesrechts und die Wahrung wesentlicher Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben und zur Erreichung des Vertragszwecks erforderlich sind. Allenfalls das dritte dieser Kriterien findet sich zum Teil in Art. 548-2 Abs. 2 wieder in der Verweisung auf „Art und Umstände des standardisierten Geschäfts“, dies freilich in einer sehr unbestimmten Formulierung. Alles in allem sind die Kriterien des Art. 548-2 aber so vage, dass jedenfalls die unteren Gerichte sich dieser Rechtsgrundlage nur sehr zögerlich bedienen werden.

#### VIII. RECHTSFOLGEN DER AGB-KONTROLLE FÜR DEN GESAMTVERTRAG

Ungeregelt lässt die japanische Reform, welche Auswirkungen für den Gesamtvertrag sich daraus ergeben, dass einzelne Klauseln nicht einbezogen werden. Auch im allgemeinen Vertragsrecht scheint es dazu keine Bestimmung zu geben. Folgt aus der Teilunwirksamkeit die Totalunwirksamkeit des Gesamtvertrages? Dann würde der Vertragspartner des Verwenders, der gegen missbräuchliche Klauseln geschützt werden soll, seinen Schutz bei manchen Verträgen, zum Beispiel Versicherungsverträgen, gerade verlieren. Deshalb sollte das Prinzip des § 306 Abs. 1 BGB, wonach die Teilnichtigkeit die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen im Prinzip nicht berührt, auch in Japan Anerkennung finden. Die in dem Regelwerk entstandene Lücke muss dann durch das dispositive Gesetzesrecht gefüllt werden, wie dies in Deutschland § 306 Abs. 2 BGB anordnet.

Anders verhält es sich, wenn der Vertrag ohne eine Klausel der fraglichen Art gar nicht geschlossen worden wäre. Man denke zum Beispiel an eine Preisanpassungsklausel in einem Vertrag mit mehrjähriger Laufzeit. Wenn diese Klausel unwirksam ist, weil sie dem Verwender nach Belieben und ohne jede Einschränkung nachträgliche Preiserhöhungen erlaubt, kann die Lücke im Vertrag nicht einfach durch den Grundsatz des Preisnomina-

lismus gefüllt werden. Kein Unternehmen würde sich durch Festpreiszusagen über viele Jahre hinweg dem Risiko einer unkalkulierbaren Inflation aussetzen; dies kann in die Insolvenz führen. In solchen Fällen liegt es näher, den Vertrag für insgesamt unwirksam zu erklären oder aber mit dem BGH dem Vertragspartner des Verwenders wenigstens ein Rücktrittsrecht im Falle von Preiserhöhungen einzuräumen.<sup>22</sup> Diese Schwierigkeiten ergeben sich insbesondere dort, wo das private Regelwerk einen völlig neuen Vertragstyp hervorgebracht hat und der Richter insofern ermitteln muss, welche der in AGB festgelegten Rechte und Pflichten von zentraler Bedeutung für den Vertrag sind. Dass die japanische Regelung sich zu diesen Fragen gar nicht äußert, könnte die Gerichte davon abhalten, einseitige und missbräuchliche Vertragsklauseln überhaupt zu beanstanden.

#### IX. OFFENLEGUNG DER KLAUSELN

Ein letzter Kritikpunkt betrifft die Pflicht zur Offenlegung standardisierter Geschäftsbedingungen in Art. 548-3. Diese Pflicht besteht nach der Vorschrift nur, wenn die andere Partei die Offenlegung vor oder innerhalb einer angemessenen Frist nach der Vereinbarung des standardisierten Geschäfts verlangt. Wenn sie kein entsprechendes Verlangen an den Verwender richtet, entfällt diese Pflicht, sodass die andere Vertragspartei unter Umständen im Dunkeln tappt, wenn es später zu einer Vertragsstörung kommt, die in den AGB näher geregelt ist. Hier werden Anreize für missbräuchliche unternehmerische Strategien gesetzt, die etwa wie folgt aussehen können.

Die Verwender von AGB werden in ihrer vorvertraglichen Korrespondenz mit der anderen Partei auf der Einbeziehung ihrer AGB bestehen, ohne diese AGB zunächst von sich aus zu übersenden. Angenommen, die Gegenpartei verlangt eine Übersendung der AGB im Umfeld des Vertragsschlusses zunächst nicht, dafür aber zu einem späteren Zeitpunkt, wenn es zu einer Vertragsstörung kommt, die der Gegenpartei ein Recht auf Schadensersatz gibt. Erfolg kann die Klage nur haben, wenn sie innerhalb der Verjährungsfrist erhoben wird, die in den AGB gegenüber der gesetzlichen Regelung verkürzt sei. Der Verwender wird sich dann gegenüber der Klageerhebung auf eine schon eingetretene Verjährung berufen oder aber die Übersendung der AGB so lange hinauszögern, dass für die Klageerhebung nur noch sehr kurze Zeit übrigbleibt. Solche Praktiken zu begünstigen, ist nicht Aufgabe des Gesetzes.

---

22 BGH, 1.2.1984, BGHZ 90, 69 = Neue Juristische Wochenschrift 1984, 1177–1180 mit Anmerkung BUNTE, 1145–1150 (Tagespreisklausel); in der deutschen Literatur und Rechtsprechung wird darüber gestritten, ob dieses Ergebnis durch eine sogenannte geltungserhaltende Reduktion oder aber durch eine ergänzende Vertragsauslegung zu erreichen ist, vgl. BASEDOW (Fn. 13) § 306, Rn. 16 ff. und 31 ff.

Grundsätzlich kann es auch nicht die Aufgabe des Vertragspartners sein, um die Übersendung von AGB zu bitten, die in aller Regel zu seinen Lasten und zugunsten des Verwenders von der gesetzlichen Regelung abweichen; wenn der Verwender eine solche Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht wünscht, sollte er selbst verpflichtet sein, auf die andere Partei zuzugehen und ihr die AGB von sich aus zu übersenden. Im deutschen Recht ist dies dadurch gesichert, dass der Verwender bei Vertragsschluss nicht nur auf die AGB hinweisen muss, wie dies auch Art. 548-2 Abs. 1 ZG vorsieht, sondern der Gegenpartei auch die Möglichkeit verschafft, von dem Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen, § 305 Abs. 2 BGB.

#### X. RESÜMEE

Das Resümee meiner Ausführungen fällt insgesamt etwas kritisch aus. Zwar ist es im Prinzip zu begrüßen, dass das japanische Recht nun auch außerhalb der Verbraucherverträge und insbesondere im unternehmerischen Verkehr eine AGB-Kontrolle zulässt. In den Modalitäten ist diese Kontrolle aber doch inkonsistent und im Ergebnis allzu vorsichtig.

Auch wenn die deutsche Rechtsprechung bei der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr in den letzten Jahren über das Ziel hinausgeschossen ist,<sup>23</sup> hat sie doch einige Klauseln für unwirksam erklärt, die auch im Wirtschaftsverkehr exorbitant sind und nicht geduldet werden können. Man denke nur an ausufernde Aufrechnungsverbote, die z. B. die Aufrechnung sogar mit rechtskräftig festgestellten Forderungen der Gegenpartei gegen den Verwender verbieten. Wollte ein Staat solche Klauseln respektieren, würde er den effizienten Einsatz der eigenen Justizressourcen infrage stellen; denn die Aufrechnung als kostengünstige Form der privaten Vollstreckung könnte abbedungen werden. Das kann weder in Verbraucher- noch in Wirtschaftsverträgen akzeptiert werden.<sup>24</sup> Mit dem Grundgedanken eines Sicherungsrechts unvereinbar sind – auch im unternehmerischen Verkehr – sog. revolvingende Sicherungsklauseln, die eine Sicherheit, wenn sie denn einmal gewährt wurde, für immer neue Forderungen heranziehen und damit ihre Freigabe praktisch auf Dauer verhindern.<sup>25</sup> Hier müssen die Gerichte in der Lage sein, Handelsbräuche von Handelsmissbräuchen zu unterscheiden.

---

23 Siehe die Nachweise in BASEDOW (Fn. 13) § 310 Rn. 24 ff. zur BGH-Rechtsprechung und zu der durch sie ausgelösten Reformdiskussion.

24 Siehe BGH, 16.10.1984, BGHZ 92, 312; weitere Einzelheiten bei WURMNEST, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 3, Rn. 10.

25 Siehe hierzu vor allem die Entscheidung des Großen Senats des BGH vom 27.11.1997, BGHZ 137, 212, sowie WURMNEST (Fn. 24) § 307, Rn. 240 ff.

Ob sie dazu in Japan auf der Grundlage des neuen Rechts imstande sein werden, ist zweifelhaft. Die Regelungen erwecken an mehreren Stellen den Eindruck, sie seien inspiriert von der Absicht des Gesetzgebers, ihre Anwendung möglichst zu unterbinden. Für die Vertragsparteien, die von der neuen Regelung betroffen sind, vor allem also für Unternehmen, entsteht mit dem neuen Zivilgesetz eine Obliegenheit, sich schon vor Vertragsabschluss bei Verträgen aller Art, auch außerhalb des eigenen Geschäftsbereichs, um die Klauselwerke der jeweils anderen Seite zu bemühen und ihnen gegebenenfalls eigene Klauselwerke entgegenzusetzen. Wenn sich japanische Unternehmen überhaupt um das neue Recht kümmern, dürfte sehr bald Unzufriedenheit aufkommen und damit der Wunsch nach einer weiteren Reform.

#### ZUSAMMENFASSUNG

*Der Beitrag analysiert die neuen Regelungen zur AGB-Kontrolle im novellierten japanischen Zivilgesetz von 2020 auf der Grundlage eines Vergleiches insbesondere mit dem deutschen, darüber hinaus aber punktuell auch weiteren nationalen Rechten und internationalen Regelwerken. Der Verfasser begrüßt, dass der japanische Reformgesetzgeber sich dieses wichtigen Themas auch außerhalb des Rechts der Verbraucherverträge angenommen hat. Kritisch werden hingegen Inkonsistenzen in den Modalitäten der Kontrolle und namentlich das Fehlen von Regeln zur Auslegung von AGB und zu Fragen der Lückenfüllung gesehen.*

*(Die Redaktion)*

#### SUMMARY

*The contribution analyses the new regulation of standard contract clauses in Japan's amended Civil Code of 2020. The basis of the analysis is a comparison of the Japanese provisions with corresponding German regulations as well as with some other national and international rules. The author welcomes the fact that Japanese lawmakers have opted for a general regulation of this important subject and not confined their efforts to the area of consumer protection. Nevertheless, he criticizes some inconsistencies, in particular the lack of rules for the interpretation of standard contract clauses and for closing gaps in contractual relations when clauses are found invalid.*

*(The Editors)*