

Prof. Dr. Dimitrios Linardatos | Universität des Saarlandes
Postfach 15 11 50 | 66041 Saarbrücken

Deutscher Bundestag

Vorsitzender des Finanzausschusses
Herrn Alois Rainer, MdB
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Prof. Dr. Dimitrios Linardatos
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Recht der Digitalisierung und
Wirtschaftsrecht

Campus – B 4.1 (Raum 255.1)
D-66123 Saarbrücken

T: +49 (0)681 302-2122
F: +49 (0)681 302-2762
dimitrios.linardatos@uni-saar-
land.de
<https://www.uni-saarland.de/lehrstuhl/linardatos.html>

Datum 09.10.23

Betreff **Öffentliche Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz –ZuFinG)“ (BT-Drucksache 20/8292)**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
der geehrte Damen und Herren des Finanzausschusses,

für die Einladung zur o.g. Anhörung danke ich herzlich und erlaube mir vorbereitend folgende Stellungnahme zu § 310 Abs. 1a BGB-E einzureichen.

Mit verbindlichen Grüßen

Prof. Dr. Dimitrios Linardatos

Stellungnahme

I. Die AGB-Kontrolle hat im unternehmerischen Rechtsverkehr eine sinnvolle Entlastungs- und Rationalisierungsfunktion. Auf der vertragsnehmenden Seite können Vertragsbestimmungen ohne detaillierte Prüfung akzeptiert werden, weil durch die §§ 305 ff. BGB ein „Schutzschirm“ besteht. Durch § 310 Abs. 1a BGB-E würde zwar der Erfüllungsaufwand bei Vertragsabschlüssen für die Verwender sinken, demgegenüber würde er jedoch für den Klauselgegner steigen. Denn es darf nicht mehr davon ausgegangen werden, dass unangemessen benachteiligende Klauseln automatisch unwirksam sind. Es existieren keine empirischen Daten zum Verhältnis der beiden Kostenposten. Die Gesetzesbegründung selbst stellt fest, dass unklar ist, ob § 310 Abs. 1a BGB-E tatsächlich einen Wohlfahrtsgewinn nach sich zieht (RegE, S. 75 f.). Ein solcher Eingriff in das AGB-Recht „aufs Geratewohl“ ist unzulässig.

II. Unklar ist, welche Akteure durch § 310 Abs. 1a BGB-E primär profitieren sollen. Nach Lektüre des Gesetzestextes und der Gesetzesbegründung entsteht ein – auch teleo-

logisch – diffuses Bild. Aufgeführt werden kleine und mittlere Finanzunternehmen (Finanz-KMU), Großunternehmen sowie Zentralverwahrer. Zusätzlich werden Institutionen wie z.B. die Europäische Zentralbank (EZB) einbezogen. Von einer fehlenden Schutzbedürftigkeit der Finanz-KMU in der stark heterogenen Finanzbranche kann indes keine Rede sein, so dass diese letztlich Verlierer einer Bereichsausnahme wären. Zentralverwahrer übernehmen eine quasi-notarielle Funktion als Teil der Finanzmarktinfrastruktur.¹ Dass Verträge mit diesen Parteien von einer Asymmetrie geprägt sind, ist zur Aufgabenerfüllung gerade gewollt. Insoweit ist bereits die teleologische Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB fraglich. Dass Instanzgerichte ohne § 310 Abs. 1a BGB-E die Wahrnehmung von Hoheitsrechten (!) durch das Eurosystem bei der Geld- und Währungspolitik überprüfen würden, ist reichlich unwahrscheinlich. Zumal hier die AGB-Kontrolle gemäß § 307 Abs. 3 BGB mangels Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht nicht eröffnet ist. Dieser Einwand ist auch für die beispielhaft erwähnten Verträge zwischen Zahlungsdienstleistern (RegE, S. 101) relevant: Das Interbanken ist im Zahlungsverkehr in weiten Teilen durch den SEPA-Rechtsrahmen *gesetzlich* vorgegeben.

III. Besonders kritisch zu bewerten ist die geplante Einbeziehung der Finanz-KMU. Diese Entscheidung läuft empirischen Daten zuwider.² Die Feststellung, internationale Standardverträge seien von den beaufsichtigten Finanzunternehmen mitgestaltet und sie bedürften des Schutzes des AGB-Rechts nicht (idS RegE, S. 102), ist für Finanz-KMU irrelevant. Ein Blick in die Mitgliederliste der Loan Market Association (LMA) offenbart, dass KMU dort keine Rolle spielen, sie mithin keine Einwirkungsmöglichkeiten haben.³ Ohnehin ist unklar, weshalb die Gesetzesbegründung den Aspekt der aufsichtsrechtlichen Erlaubnis betont. Diese Geschäftserlaubnis sagt nichts über die Verhandlungsposition des Unternehmens aus.

IV. Richtig ist, dass „Standardklauseln“, die inhaltlich zwingenden Vorgaben des Aufsichtsrechts folgen, keiner AGB-Kontrolle zu unterziehen sind. Es liegt nicht in der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit (§ 13 GVG), vermittelt über die AGB-Kontrolle die Wirksamkeit des Aufsichtsrechts zu überprüfen. Eine solche Kontrolle verhindert bereits § 307 Abs. 3 BGB, so dass es einer Vorschrift wie § 310 Abs. 1a BGB insoweit gar nicht bedarf.

V. Aus Sicht der Realwirtschaft entsteht durch die teleologisch diffuse Bereichsausnahme die berechtigte Sorge eines neu entstehenden Leitbilds. Verträge der Realwirtschaft sind nicht gleichermaßen durch Standardverträge geprägt wie etwa jene der Finanzbranche. Zudem sind die meisten Branchen von divergierenden Verhandlungsstärken geprägt. Dadurch wäre eine Bereichsausnahme wie § 310 Abs. 1a BGB in der Realwirtschaft ein

¹ Vgl. nur die Aufgabenbeschreibung auf der Internetpräsenz der Deutschen Bundesbank (<https://www.bundesbank.de/de/aufgaben/unbarer-zahlungsverkehr/ueberwachung/zentralverwahrer-603616>).

² Leuschner/Meyer, Forschungsprojekt im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, „AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen“ – Unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen, Abschlussbericht vom 30. September 2014.

³ Siehe <https://www.lma.eu.com/membership/list-members>.

reiner Kostenfaktor. Es sollte verhindert werden, (weiterhin) unnötige Unsicherheiten zu streuen.⁴

VI. Standardverträge haben eine Entlastungsfunktion und fördern die Rechtssicherheit. Es ist insofern richtig, dass ein berechtigtes Interesse bestehen kann, die AGB-Festigkeit von Standardklauseln zu erreichen. Von § 310 Abs. 1a BGB wird allerdings nicht das i.d.Z. bestehende Hauptproblem angegangen. Die untunliche Anwendbarkeit des AGB-Rechts hängt auf zwei Ebenen mit der Entscheidungspraxis zusammen: (1) Vorformuliert sind auch jene Vertragsbestimmungen, die nicht der Verwender, sondern ein Dritter vor-gefasst hat. (2) AGB liegen nach gefestigter Rspr. erst dann iSd § 305 Abs. 1 S. 3 BGB nicht vor, wenn sie *im Einzelnen* ausgehandelt sind. Die Rspr. nimmt das Gesetz beim Wort und legt das Merkmal äußerst restriktiv aus. Ziehen die Parteien einen Standardvertrag heran, den sie überwiegend als angemessen und interessengerecht ansehen, während sie über einzelne Vertragsbestimmung – vielleicht sogar über Monate hinweg – verhandeln, dann mag die eine oder andere Bestimmung aus dem Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle ausscheiden, nicht indes die übrigen Standardbestimmungen. Faktisch ist es somit schwierig, als richtig empfundene Bestimmungen eines Standardvertrages ohne einen unwirtschaftlichen Aufwand einer AGB-Kontrolle zu entziehen.

VII. Mit Aufmerksamkeit zur Kenntnis zu nehmen ist die Einlassung von *Grüneberg* in seinem ZHR-Editorial:⁵ Die mit dem ZuFinG-E angestrebte Bereichsausnahme könne bei Abweichungen vom Standard „wieder § 242 BGB zu neuem Leben bei der AGB-Kontrolle erwecken“. Eine Abweichung vom Standard lässt sich im Streitfall einfacher finden als anfangs von den Parteien gedacht; dies zeigt die Rspr. zu § 307 Abs. 3 BGB. Der Gesetzgeber würde mithin den Unternehmen einen Bärenienst erweisen, wenn sie zukünftig mit der erratischen Auslegung des § 242 BGB leben müssten.

VIII. Eine AGB-Festigkeit von Standardklauseln – sofern an eine Reformierung der §§ 305 ff. BGB festgehalten werden soll – wäre anderweitig angemessen erreichbar. Ausreichend wäre es, die enge Rspr. zum § 305 Abs. 1 S. 3 BGB zu korrigieren. Zusätzliche könnte ein klarer und transparenter Sichtungsvermerk verlangt werden. Mit einem solchen *qualifizierten Sichtungsvermerk* könnten die rechtsberatenen Parteien die dem akzeptierten Marktstandard entsprechenden Bestimmungen im Rahmen einer informierten Einigung AGB-fest stellen. Eine AGB-Kontrolle wäre auch teleologisch in solchen Sachverhalten überzeugen ausgeschlossen, weil es dann an der *situativen Unterlegenheit* des Klauselgegners fehlt.⁶ Eine weitere Optimierung ließe sich über eine Anknüpfung an das Geschäftsvolumen erreichen, welches im Finanzmarktrecht – im Gegensatz zur Anknüpfung an die Mitarbeiterzahl des jetzigen § 310 Abs. 1a BGB-E – als Instrument einer Scharnierfunktion wohl vertraut ist.

⁴ Eine solche Unsicherheit in der Realwirtschaft ist bereits zu beobachten; vgl. Stellungnahme des Zentralverbands des Deutschen Handwerks vom 8. Mai 2023, die zeigt, dass § 310 Abs. 1a BGB als „Menetekel“ oder als Politik der kleinen Schritte in Richtung einer allgemeinen Bereichsausnahme für den unternehmerischen Verkehr gedeutet wird.

⁵ ZHR 187 (2023), 429, 437.

⁶ Zu diesem Regelungszweck der AGB-Prüfung s. statt aller Leuschner AcP 207 (2007), 491, 496.