

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 571

**Die analoge Anwendung
von § 305c Abs. 2 BGB auf
die Auslegung von automatisierten
Willenserklärungen**

Von

Marie Elisabeth Penné



Duncker & Humblot · Berlin

MARIE ELISABETH PENNÉ

Die analoge Anwendung von § 305c Abs. 2 BGB
auf die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 571

Die analoge Anwendung von § 305c Abs. 2 BGB auf die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen

Von

Marie Elisabeth Penné



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0
(s. <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) veröffentlicht. Die E-Book-Version
ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59064-3> abrufbar



Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Marie Elisabeth Penné
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpau
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-19064-5 (Print)
ISBN 978-3-428-59064-3 (E-Book)
DOI 10.3790/978-3-428-59064-3
Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺
Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Mai 2023 fertiggestellt und berücksichtigt Rechtsprechung sowie Schrifttum bis zu diesem Zeitpunkt. Daraufhin wurde sie im Juli 2023 von der Juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg als Inauguraldissertation angenommen.

Zuvorderst gebührt mein tief empfundener Dank meinem Doktorvater, Prof. Dr. Constantin Willems, der mich mit seiner wunderbaren Betreuung und seinem stets offenen Ohr durch die gesamte Ausarbeitung dieser Dissertation vorangetrieben hat. Seine Expertise, sein Engagement und seine Ermutigung waren von unschätzbarem Wert und haben maßgeblich dazu beigetragen, dass dieses Werk überhaupt erst möglich wurde.

Ebenso möchte ich mich herzlich bei Prof. Dr. Kling für die Anfertigung des Zweitgutachtens bedanken. Insbesondere möchte ich hervorheben, wie sehr ich die zügige und gründliche Erstellung des Gutachtens schätze. Seine konstruktiven Rückmeldungen waren äußerst hilfreich und haben die Qualität dieser Arbeit weiter gesteigert.

Der größte Dank gilt meiner Familie. Meinen Eltern, Dr. Günter Penné und Heike Penné, widme ich dieses Buch in tiefer Dankbarkeit und herzlicher Verbundenheit. Ihre bedingungslose Unterstützung und ermutigenden Worte haben mir nicht nur in den schwierigsten Phasen Halt gegeben, sondern mich auch stets daran erinnert, dass ich den Anforderungen dieses Ziels gewachsen bin. Was ich ihnen alles zu verdanken habe, vermag ich hier nicht auf Papier zu bringen.

Leider konnte meine Mutter, Elisabeth Schmidtke, diese Freude nicht mehr miterleben. Ihre Einflüsse und ihre wertvollen Lektionen haben mein Leben geprägt, sodass ihr Wissen und ihre Unterstützung mir immer nahe sein werden.

Idstein, im September 2023

Marie Elisabeth Penné

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	15
I. Zur Thematik	15
II. Ziel und Gegenstand der Arbeit	23
III. Gang der Untersuchung	24
B. Die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen	26
I. Die allgemeine Auslegung von automatisierten Willenserklärungen	26
II. Die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen im Falle von Auslegungszweifeln	32
C. Rechtsökonomie und Rechtsvergleich	136
I. Rechtsökonomische Betrachtung	136
II. Rechtsvergleichende Betrachtung – Österreich	156
III. Stellungnahme	184
D. Lösungsmöglichkeiten <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i>	187
I. Lösungsmöglichkeiten <i>de lege lata</i>	187
II. Lösungsmöglichkeiten <i>de lege ferenda</i>	196
III. Ergebnis	201
E. Zusammenfassung der Ergebnisse	202
Literaturverzeichnis	209
Stichwortverzeichnis	218

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	15
I. Zur Thematik	15
1. Einführung	15
2. Rechtlicher Rahmen von automatisierten Willenserklärungen	17
3. Abgrenzung	18
a) Elektronische Willenserklärung	18
b) Elektronisch übermittelte Willenserklärung	18
c) Computererklärung	19
4. Fallbeispiele	19
a) Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr	19
b) Versicherungsschein	21
c) „Smarter“ Drucker	22
d) Erwerb von DB-Fahrkarten	22
e) Zwischenergebnis	23
II. Ziel und Gegenstand der Arbeit	23
III. Gang der Untersuchung	24
B. Die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen	26
I. Die allgemeine Auslegung von automatisierten Willenserklärungen	26
1. Auslegung wie „normale“ Willenserklärungen, §§ 133, 157 BGB	26
2. Auslegung „wie AGB“	27
a) Vergleich AGB und automatisierte Willenserklärungen	27
aa) Anonymer, unbestimmter Personenkreis	27
(1) Anonymer, unbestimmter Personenkreis bei AGB	27
(2) Anonymer, unbestimmter Personenkreis bei automatisierten Willenserklärungen	28
(3) Zwischenergebnis	29
bb) Vorformulierung	30
b) Ergebnis	31
II. Die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen im Falle von Aus- legungszweifeln	32
1. Begriffsbestimmung: Auslegungszweifel	34
2. Die zur Analogie von § 305c Abs. 2 BGB vertretenen Literaturstimmen	34
a) Köhler	34
b) Friedmann	37

c) Paefgen	40
d) Kommentarliteratur und weitere Literaturstimmen	42
e) Zusammenfassung	44
3. Untersuchung des Lösungsansatzes	44
a) Allgemein: Analogie	44
aa) Regelungslücke	45
(1) Unvollständigkeit	46
(2) Planwidrigkeit	47
bb) Wertungsgleichheit der Sachverhalte	47
b) Zulässigkeit der Analogie vor dem Hintergrund der Historie	48
aa) Unvollständigkeit des Gesetzes	48
(1) Regelungsabsicht des Gesetzgebers	48
(a) Historische Entwicklung der (allgemeinen) Unklarheitenregel im Rahmen der Auslegung vom antiken Rom bis ins 20. Jahrhundert	49
(aa) Römisches Recht: <i>ambiguitas contra stipulatorem; ambiguum pactum contra venditorem et locatorem</i>	49
(α) Ambiguitas contra stipulatorem	50
(β) Ambiguum pactum contra venditorem et locatorem	56
(γ) Zusammenfassung	61
(bb) Gemeines Recht: <i>In dubio contra proferentem</i>	62
(α) Rechtlicher Inhalt und praktische Bedeutung ..	63
(β) Zusammenfassung	65
(cc) Kodifizierte Unklarheitenregeln: Das preußische Allgemeine Landrecht und das sächsische BGB	65
(α) Das preußische Allgemeine Landrecht	66
(β) Sächsisches BGB	67
(γ) Zusammenfassung	68
(dd) Zusammenfassung	69
(b) Die Entscheidung des BGB-Gesetzgebers – „Nicht“-Kodifikation	70
(aa) Entwürfe des BGB: Auslegungsnormen	70
(bb) Gründe für die „Nicht“-Aufnahme einer allgemeinen Unklarheitenregel	73
(c) Historische Entwicklung der Unklarheitenregel im AGB-Recht	75
(aa) (Geschichtliche) Entwicklung von AGB	76
(bb) Rechtliche Behandlung der Unklarheitenregel vor dem AGBG	78
(α) AGB als wichtigster Anwendungsfall der Unklarheitenregel	78

(β) Rechtsprechungsübersicht zur Unklarheitenregel	80
(cc) AGBG von 1976	83
(a) Reformbestrebungen des 20. Jahrhundert und Entstehung des AGBG	83
(β) Die Aufnahme einer Unklarheitenregel ins AGBG	85
(γ) Festschreibung in § 5 AGBG und Anwendungsbereich	88
(δ) Zusammenfassung	89
(dd) Einflüsse auf die Unklarheitenregel seit Inkrafttreten des AGBG	89
(a) RL 93/13/EWG	89
(β) Überführung des AGB-Rechts in das BGB – § 305c Abs. 2 BGB	92
(γ) Zusammenfassung	94
(2) Zwischenergebnis	94
bb) Planwidrigkeit	97
(1) Regelungsabsicht des BGB-Gesetzgebers	97
(2) Regelungsabsicht des § 305c Abs. 2 BGB	99
(3) „Schlupfloch“ in der Regelungsabsicht des BGB-Gesetzgebers	102
(a) Aufstellung besonderer Auslegungsregeln	103
(aa) „Besondere“ Auslegungsregeln	103
(bb) Rückgriff auf § 305c Abs. 2 BGB als „besondere“ Auslegungsregel?	104
(b) Automatisierte Willenserklärungen als „gewisse Fälle“ im Sinne der Motive	106
(aa) Strafvorschrift oder Wahrscheinlichkeitsrechnung ..	107
(bb) Das Versicherungsrecht	109
(cc) Unklarheitenregel <i>insbesondere</i> auf dem Gebiet des Versicherungsrechts	111
(dd) Vergleich mit automatisierten Willenserklärungen ..	112
(ee) Zwischenergebnis	115
(4) Ergebnis	116
cc) Wertungsgleichheit der Sachverhalte	119
(1) Ähnlichkeit der Sachverhalte	119
(a) Gemeinsamkeiten	120
(b) Unterschiede	121
(c) Übereinstimmung in maßgeblichen Hinsichten	121
(aa) Vereinbarkeit mit der Normsystematik	121
(bb) Vereinbarkeit mit dem gesetzgeberischen Willen ..	123

(cc) Vereinbarkeit mit dem Normzweck	124
(dd) Systematische, historische oder teleologische Aspekte	127
(2) Ergebnis	129
dd) Zulässigkeit der Analogie – Ergebnis	129
4. Stellungnahme	131
C. Rechtsökonomie und Rechtsvergleich	136
I. Rechtsökonomische Betrachtung	136
1. Allgemein: Rechtsökonomie	137
2. Risikoverteilung als Funktion der Unklarheitenregel	139
a) Unklarheiten als Transaktionskosten oder Risiken	139
b) Rechtsfigur des „cheapest cost avoiders“	140
aa) Ursprung und Inhalt der Rechtsfigur	140
bb) Rechtliche Bedeutung der Rechtsfigur	142
cc) Kriterien zur Bestimmung des „cheapest cost avoider“	142
(1) Aspekt der Information	143
(2) <i>Guidelines</i> zur Bestimmung des „cheapest cost avoider“	144
c) Verwender von automatisierten Willenserklärungen als der „cheapest cost avoider“	146
aa) Übertragung auf automatisierte Willenserklärungen	146
(1) Aspekt der Information	147
(2) <i>Calabresis guidelines</i>	148
(a) Relationship between avoidance and administrative cost	148
(b) Avoiding externalization	148
(c) The best briber	149
(3) „Einfachste“ Vermeidung von Unklarheiten	150
bb) Zwischenergebnis	154
3. Auslegung zulasten des Verwenders = Anreiz zur transparenten Formulierung?	154
4. Ergebnis	156
II. Rechtsvergleichende Betrachtung – Österreich	156
1. Die Auslegung von Willenserklärungen	157
a) Allgemeines	157
b) Die Unklarheitenregel in § 915 ABGB	159
aa) Geschichte von § 915 ABGB	160
(1) Römisches Recht	160
(2) Naturrecht	161
(a) Codex Theresianus	162
(b) Entwurf Horten und Josephinisches Gesetzbuch	164
(c) Entwurf Martini und Westgalizisches Gesetzbuch	167

(d) Das ABGB von 1811	169
(3) Zusammenfassung	171
bb) Anwendungsbereich	172
(1) Einseitig verbindliche Verträge	173
(2) Zweiseitig verbindliche Verträge	173
(3) Einseitige Erklärungen	174
(4) AGB	174
2. Auslegung von automatisierten Willenserklärungen	177
a) Automatisierte Willenserklärungen im österreichischen Zivilrecht ..	177
b) Auslegungsregeln	178
aa) Anwendbarkeit und Auslegungsmaßstab	178
bb) Die Auslegungsnorm § 915 ABGB	179
cc) Gang der Auslegung, Auslegungsergebnis	180
dd) Anwendung von § 6 Abs. 3 KSchG?	180
c) Zusammenfassung	181
3. Die Unklarheitenregel in der österreichischen Rechtsprechung	182
4. Ergebnis	182
III. Stellungnahme	184
D. Lösungsmöglichkeiten <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i>	187
I. Lösungsmöglichkeiten <i>de lege lata</i>	187
1. Die Auslegungsnorm § 157 BGB	187
2. Restriktionsprinzip	190
a) Allgemein	190
b) Automatisierte Willenserklärungen	192
3. Auslegung <i>contra proferentem</i>	193
II. Lösungsmöglichkeiten <i>de lege ferenda</i>	196
1. Kodifizierung einer <i>allgemeinen</i> Unklarheitenregel – Gesetzesänderung? ..	196
2. Kodifizierung einer <i>besonderen</i> Unklarheitenregel – Gesetzesänderung? ..	198
3. Stellungnahme	200
III. Ergebnis	201
E. Zusammenfassung der Ergebnisse	202
Literaturverzeichnis	209
Stichwortverzeichnis	218

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestag Drucksachen
Btx	Bildschirmtext
bzw.	beziehungsweise
Drucks.	Drucksache
EDV	elektronische Datenverarbeitung
f./ff.	folgend(e)
Rn.	Randnummer
S.	Seite
sächsBGB	Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch
v.	von
z. B.	zum Beispiel

A. Einleitung

I. Zur Thematik

1. Einführung

Kommunikationsprobleme, Missverständnisse oder Mehrdeutigkeiten sind in unserem Alltag allgegenwärtig. Das gesprochene Wort wird oft anders verstanden, als es gemeint ist, hängt doch die Bedeutung der Worte von individuellen Vorstellungen ab.¹ Deshalb kommt es vor, dass einer bestimmten Formulierung von ihrem Verfasser eine andere Bedeutung beigemessen wird als von einem Dritten. In der Rechtswissenschaft erweisen sich solche Missverständnisse bzw. Unklarheiten dann als problematisch,² wenn bspw. mittels eines Vertrages eine verbindliche Regelung zwischen den Vertragsparteien geschaffen werden sollte, es jedoch streitig ist, welche Bedeutung einer Willenserklärung oder generell dem Vertrag beigemessen werden soll.

Vor dem Hintergrund der immer schneller fortschreitenden Digitalisierung können Willenserklärungen vermehrt mithilfe automatisierter Systeme abgegeben werden. Für durch Automaten, Roboter oder sonstige Computer abgegebene Willenserklärungen hat sich diesbezüglich der Begriff der „automatisierten Willenserklärung“ etabliert.³ Zwar besteht Einigkeit dahingehend, dass allein der Mensch die Fähigkeit besitzt, einen rechtsgeschäftlichen Willen zu bilden.⁴ Jedoch bedeutet dies nicht, dass die Willenserklärung stets durch einen Menschen erzeugt und/oder abgegeben (§ 130 Abs. 1 BGB) werden muss.⁵

Beispiele für den Einsatz von automatisierten Willenserklärungen in unserem täglichen Leben sind unter anderem Erklärungen mittels Fahrkartenaufoma-

¹ Siehe hierzu *Kötz*, FS Zeuner, 1994, S. 219 ff.; *Wertenbruch*, BGB Allgemeiner Teil, § 9 Rn. 1 ff.

² Siehe zu Rechtsproblemen, die aufgrund von sprachlich bedingten Missverständnissen zwischen Parteien entstehen, und die Zuweisung eines „Sprachrisikos“ *Kling*, Sprachrisiken im Privatrechtsverkehr.

³ *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 961 f.).

⁴ Willenserklärungen müssen auf ein menschliches Verhalten bzw. genauer gesagt auf einen menschlichen Willen zurückgeführt werden können. Siehe hierzu unter anderem *Wertenbruch*, BGB Allgemeiner Teil, § 6 Rn. 7 ff.; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, § 17 Rn. 1 ff.; *MüKoBGB/Einsle*, § 130 Rn. 13 ff.; BeckOGK BGB/*Gomille*, § 130 Rn. 2 ff. Zum Element des Willens bei der Willenserklärung siehe etwa *Eisenhardt*, JZ 1986, S. 875.

⁵ Siehe zur elektronischen Willenserklärung etwa den Aufsatz von *Clemens*, NJW 1985, S. 1998.

ten, „smarte“ Drucker oder automatisiert versendete Annahmeerklärungen im Onlinehandel. Grundsätzlich sind diese rechtlich als „normale“ Willenserklärungen zu verstehen und unterfallen insoweit der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre.⁶ Somit besteht auch bei automatisierten Willenserklärungen das Risiko, dass die Erklärung mehrdeutig bzw. zweifelhaft ist⁷ und der Willenserklärung deshalb keine eindeutige Bedeutung beigemessen werden kann. Die automatisierte Willenserklärung wäre mithin auslegungsbedürftig.

Für die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen gelten grundsätzlich dieselben Normen wie für „normale“ Willenserklärungen, also die §§ 133, 157 BGB.⁸ Daneben hat sich jedoch auch die Ansicht herausgebildet, die AGB-rechtliche Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB analog auf automatisierte Willenserklärungen anzuwenden. Im Zweifelsfall wäre die automatisierte Willenserklärung damit zulasten des jeweils Erklärenden auszulegen.⁹

Dass diese Norm nun im Wege der Analogie auf unklare automatisierte Willenserklärungen anwendbar sein soll, erscheint zweifelhaft. Schließlich findet die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB dem Wortlaut nach nur auf Ebene des AGB-Rechts Anwendung, sodass, soweit eine AGB-Klausel nach Erschöpfung der Auslegungsregeln immer noch unklar bzw. mehrdeutig ist, sie gegen deren Verwender ausgelegt wird.¹⁰ Eine Ausdehnung auf (automatisierte) Willenserklärungen ist vom Wortlaut nicht gedeckt. Weiter könnte die Analogie insbesondere aus historischen Gesichtspunkten ungewöhnlich erscheinen, da sich der BGB-Gesetzgeber bewusst gegen die Aufnahme einer Unklarheitenregel für Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte entschieden hatte.¹¹

⁶ BGH NJW 2005, S. 53 (S. 54); Köhler, AcP 182 (1982), S. 117; m.w.N. Paulus, JuS 2019, S. 960.

⁷ Beispiele für Unklarheiten sind etwa unterschiedliche Laufzeitregelungen für einen Vertrag in zeitgleich abgeschlossenen Vertragsdokumenten (OLG-Köln NJW-RR 1983, S. 1671 (S. 1672)); die Formulierung einer „Voraussetzung“ lässt im Dunkeln, ob es sich dabei um eine zu erfüllende Vertragspflicht oder um eine (aufschiebende) Bedingung für die Wirksamkeit des Vertrags handeln soll (vgl. BGH NJW-RR 1997, S. 304); die „Bitte“, offensichtliche Mängel sofort zu reklamieren (LG Hamburg CR 2004, S. 136 (S. 137)); Haftungsregeln bezüglich des Verschuldensmaßstabs lassen verschiedene Auslegungen offen; in einem Mietvertrag wird ein Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrecht ausgeschlossen, ohne dass klar wird, ob damit auch das Minderungsrecht ausgeschlossen werden soll (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, S. 953).

⁸ Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 964).

⁹ Vgl. MüKoBGB/Busche, § 133 Rn. 25; NK-BGB/Looschelders, § 133 Rn. 89; Grüneberg/Ellenberger, § 133 Rn. 26a; Paeffgen, JuS 1988, S. 592 (S. 595); siehe zu Annahme als h.M. Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 964); Wilhelm, WM 2020, S. 1849 (S. 1851); zurückhaltender Janal, AcP 215 (2015), S. 830 (S. 852).

¹⁰ BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 69 ff.; NK-BGB/Kollmann, § 305c Rn. 32 ff.; Jauernig/Stadler, § 305c Rn. 5 ff.; MüKoBGB/Fornasier, § 305c Rn. 29 ff.

¹¹ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

Da die Auslegung in der Rechtswissenschaft eine besondere Rolle einnimmt,¹² soll insoweit nicht blind dieser „neuen“ Ansicht – der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB – gefolgt werden. Vielmehr hat sich die Ansicht einer rechtlichen Prüfung zu unterziehen, in der insbesondere die Vereinbarkeit der analogen Anwendung von § 305c Abs. 2 BGB auf unklare automatisierte Willenserklärungen mit den Auslegungsgrundsätzen des deutschen Rechts zu untersuchen ist.

Vor diesem Hintergrund drängt sich eine Reihe von Fragen auf: Inwieweit ist die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB für automatisierte Willenserklärungen rechtlich zulässig? Besteht ein Widerspruch zu der ursprünglichen Regelungsabsicht des BGB-Gesetzgebers? Kann die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB zu einem angemessenen Auslegungsergebnis verhelfen? Welche Argumente sprechen für und/oder gegen die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB? Bestehen nicht bereits andere geeignete Auslegungsmaximen, die zu dem gleichen Ergebnis wie eine Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB gelangen?

2. Rechtlicher Rahmen von automatisierten Willenserklärungen

Die automatisierte Willenserklärung wird definiert als eine Willenserklärung, welche von einem Computerprogramm aufgrund vorheriger manueller Dateneingabe im Anschluss automatisch erzeugt wird.¹³ Sie wird demnach nicht unmittelbar von einem Menschen, sondern mittels eines Computerprogramms abgegeben.¹⁴ Dennoch kann die Erklärung stets auf einen menschlichen Willen zurückgeführt werden, da das Computer-/Datenverarbeitungsprogramm nur auf der Grundlage von Voreinstellungen bzw. eines vorgegebenen Programms agiert.¹⁵ Erklärender ist somit derjenige, der das Computer-/Datenverarbeitungsprogramm einsetzt;¹⁶ ihm wird mithin auch die automatisierte Willenserklärung subjektiv zugerechnet.¹⁷

Automatisierte Willenserklärungen unterstehen grundsätzlich dem gleichen rechtlichen Rahmen wie „normale“ Willenserklärungen.¹⁸ Deshalb sind die allge-

¹² Siehe hierzu bspw. Jansen/Zimmermann/*Vogenauer*, Commentaries on European Contract Laws, S. 754 ff.; *Leonhard*, AcP 120 (1922), S. 14 ff.

¹³ *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, § 6 Rn. 8; *Spindler/Schuster/Spindler*, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 5; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, § 17 Rn. 32a.

¹⁴ *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, § 6 Rn. 8; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, § 17 Rn. 32a; *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 962).

¹⁵ *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, § 6 Rn. 8; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 256; m.w.N. *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 962).

¹⁶ *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 963).

¹⁷ *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 256; m.w.N. *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 962).

¹⁸ Siehe BGH NJW 2005, S. 53 (S. 54); m.w.N. *Köhler*, AcP 182 (1982), S. 128, S. 133 f.; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 256.

meinen Vorschriften über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte anwendbar.¹⁹ Es macht demnach keinen Unterschied, ob die Erklärung objektiv von einem Automaten herrührt, solange sie subjektiv auf einen menschlichen Willen zurückzuführen ist.²⁰ Deshalb führen die Computer-/Datenverarbeitungsprogramme bzw. ihre Software zu keiner autonomen Entscheidung, sondern der menschliche Erklärende beeinflusst die Zuführung der automatisierten Willenserklärung in den Rechtsverkehr.²¹

3. Abgrenzung

Aufgrund von (vermeintlich) unterschiedlichen Begriffen im Bereich der „automatisierten“ Willenserklärungen ist für ein besseres Verständnis der Thematik eine Abgrenzung notwendig.²²

a) Elektronische Willenserklärung

Der Begriff der elektronischen Willenserklärung kann als Oberbegriff²³ bezeichnet werden. Er umfasst die elektronisch übermittelte Willenserklärung, die automatisierte Willenserklärung und die Computererklärung.²⁴ Kennzeichnend für die elektronische Willenserklärung ist die Nutzung elektronischer Mittel²⁵, auf deren Basis die Willenserklärung in den Verkehr transportiert wird.²⁶

b) Elektronisch übermittelte Willenserklärung

Eine elektronisch übermittelte Willenserklärung ist eine Erklärung, welche mittels einer elektronischen Datenübermittlung²⁷ abgegeben wird.²⁸ Deshalb ist

¹⁹ Die automatisierte Willenserklärung untersteht wie die „normale“ Willenserklärung den gleichen rechtlichen Regeln auch in Bezug auf die Abgabe und den Zugang der Erklärung sowie deren Zurechnung; vgl. BGH NJW 2005, S. 53 (S. 54); 2005, S. 976 (S. 977); m.w.N. Köhler, AcP 182 (1982), S. 128, S. 133 f.; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 256.

²⁰ Köhler, AcP 182 (1982), S. 128, S. 133 f.; m.w.N. Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 962).

²¹ Köhler, AcP 182 (1982), S. 128, S. 133 f.; Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 963); Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 256.

²² An einigen Stellen ist jedoch eine genaue Abgrenzung schwierig, da nur noch anhand der erreichten Automatisierung eine Abgrenzung erfolgen kann. Siehe Spindler/Schuster/Spindler, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 1; Heun, CR 1994, S. 595.

²³ Vgl. Schneider/Kosmides, Handbuch EDV-Recht Rn. 499 ff.; Neuner, BGB AT, § 50 Rn. 114; Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 961); Spindler/Schuster/Spindler, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 1.

²⁴ Hoeren/Sieber/Holznagel/Kitz, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 13.1 Rn. 46 ff.; Schneider/Kosmides, Handbuch EDV-Recht Rn. 499 ff.; Neuner, BGB AT, § 50 Rn. 114; Spindler/Schuster/Spindler, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 1.

²⁵ Bspw. Computer, Telefax oder Datenübermittlung, Heun, CR 1994, S. 595.

²⁶ Heun, CR 1994, S. 595; Melullis, MMR 1994, S. 109 (S. 111).

²⁷ Bspw. mittels einer elektronischen Übermittlung einer Datei im Internet, siehe BGHZ 149, S. 129.

²⁸ BGHZ 149, S. 129; Schneider/Kosmides, Handbuch EDV-Recht, Rn. 499 ff.

die Bezeichnung „elektronisch übermittelte Willenserklärung“ enger als die der „elektronischen Willenserklärung“, da das Erfordernis der elektronischen Übermittlung Definitionsbestandteil ist.²⁹ Der Erklärende bedient sich des elektronischen Kommunikationsweges wie E-Mail, SMS oder Social Media, um seine Erklärung zu übermitteln.³⁰

c) Computererklärung

Die Computererklärung wird definiert als eine Erklärung, welche von einer Software bzw. einem Datenverarbeitungsprogramm selbstständig erzeugt wird.³¹ Die Grenzen zwischen den Begriffen „automatisierte Willenserklärung“ und „Computererklärung“ sind fließend.³² Ein Teil der Literatur verwendet die Begriffe synonym.³³ Es gibt auch Stimmen, welche eine Differenzierung zwischen „Computererklärung“ und „automatisierter Willenserklärung“ vornehmen, indem immer dann, wenn die Erklärung nicht nur von einem Datenverarbeitungsprogramm erzeugt, sondern auch durch dieses übermittelt wurde, keine automatisierte Willenserklärung, sondern eine Computererklärung vorliegt.³⁴

4. Fallbeispiele

a) Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr

Mit der fortschreitenden Digitalisierung wird vermehrt der elektronische Geschäftsverkehr für das individuelle Konsumverhalten genutzt. Präsentiert der Verkäufer seine Waren auf seiner Internetseite, liegt eine *invitatio ad offerendum* vor.³⁵ Soweit der Kunde über den Onlineshop eine Bestellung abgibt, hat er gemäß §§ 145 ff. BGB ein bindendes Angebot abgegeben.³⁶ Der Verkäufer ist so-

²⁹ BeckOGK BGB/Gomille, § 130 Rn. 33 ff.; Spindler/Schuster/Spindler, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 2; Paulus/Matzke, ZfPW 2018, S. 431 (S. 439).

³⁰ BeckOGK BGB/Gomille, § 130 Rn. 33 ff.; Spindler/Schuster/Spindler, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 2; Paulus/Matzke, ZfPW 2018, S. 431 (S. 439); Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 961).

³¹ Spindler/Schuster/Spindler, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 6.

³² Vgl. Paulus/Matzke, ZfPW 2018, S. 431 (S. 439); Spindler/Schuster/Spindler, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 1; StaudingerBGB/Singer, Vorbemerkung §§ 116–144 Rn. 57.

³³ Siehe Köhler/Fetzer, Recht des Internets, Rn. 168 ff.; Paulus/Matzke, ZfPW 2018, S. 431 (S. 439); Specht/Herold, MMR 2018, S. 40 (S. 41); StaudingerBGB/Singer, Vorbemerkung §§ 116–144 Rn. 57; Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 961).

³⁴ Siehe Mehrings, MMR 1998, S. 30 (S. 31); Neuner, BGB AT, § 50 Rn. 114; Spindler/Schuster/Spindler, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 6; darstellend dazu Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 961).

³⁵ BGH NJW 2005, S. 976; NJW 2005, S. 3567 (S. 3568); OLG Nürnberg MMR 2010, S. 31; OLG Stuttgart MMR 2006, S. 819; OLG Frankfurt a.M., MMR 2003, S. 405 (S. 406).

³⁶ Hoeren/Sieber/Holznagel/Kitz, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 13.1 Rn. 173 ff.

dann gemäß § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB verpflichtet, dem Kunden eine Bestellbestätigung/Eingangsbestätigung zukommen zu lassen. Sie wird in der Regel automatisiert versendet.³⁷ Die Bestellbestätigung/Eingangsbestätigung ist noch keine Willenserklärung, sondern eine Wissenserklärung.³⁸ Bei dieser erklärt der Verkäufer (automatisiert) sein Wissen über den Eingang der Bestellung.³⁹ Die Annahme des Angebots erfolgt anschließend zumeist durch eine separate (manuelle) E-Mail (Auftragsbestätigung) an den Kunden.⁴⁰

Möglich ist aber auch, dass in der Bestellbestätigung zugleich eine Annahme des Angebots des Kunden vorliegt.⁴¹ Dies ist immer dann der Fall, wenn mit der Bestellbestätigung die vorbehaltlose Ausführung der Bestellung zugesichert wird.⁴² Ermöglicht wird dies bspw. durch eine zuvor vorgenommene Softwareprogrammierung, die automatisiert den Lagerbestand des jeweiligen Produktes überprüft und kontrolliert, ob die Bestellmaske⁴³ vom Kunden korrekt ausgefüllt wurde. Ist das Produkt vorhanden und wurde die Bestellmaske korrekt bedient, erklärt das System automatisch die vorbehaltlose Ausführung der Bestellung. Es liegt eine automatisierte Willenserklärung vor.⁴⁴ Gleiches gilt auch, wenn die Software eines Onlinehändlers bei niedrigem Lagerbestand eines bestimmten Produkts aufgrund einer entsprechenden Voreinstellung automatisch eine Nachbestellung veranlasst.⁴⁵

Bedient sich der Kunde einer Buchungsmaske, füllt diese jedoch mit falschen Angaben aus und erhält lediglich eine ungeprüfte Bestellbestätigung im Sinne von § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB, so darf er nicht davon ausgehen, dass es sich dabei um eine Annahmeerklärung handelt.⁴⁶ Der Kunde muss bei Missachtung bestimmter Vorgaben und Hinweise berücksichtigen, dass die automatisierte Erklärung ohne einen menschlichen Zwischenschritt abgegeben wird, und darf nicht darauf vertrauen, dass die Erklärung auch so von dem Betreiber gewollt

³⁷ BGH NJW 2013, S. 589; MüKoBGB/Wendehorst, § 312i Rn. 94; Grüneberg/Grüneberg, § 312i Rn. 7.

³⁸ ErmanBGB/Koch, § 312i Rn. 17; MüKoBGB/Wendehorst, § 312i Rn. 93; Grüneberg/Grüneberg, § 312i Rn. 7; siehe auch StaudingerBGB/Thüsing, § 312i Rn. 47.

³⁹ BeckOGK BGB/Busch, § 312i Rn. 24; ErmanBGB/Koch, § 312i Rn. 17; MüKoBGB/Wendehorst, § 312i Rn. 93; Grüneberg/Grüneberg, § 312i Rn. 7; siehe auch StaudingerBGB/Thüsing, § 312i Rn. 47.

⁴⁰ NK-BGB/Rademacher/Schulze, § 147 Rn. 8.

⁴¹ Wertenbruch, BGB Allgemeiner Teil, § 10 Rn. 30.

⁴² BGHZ 195, S. 126; MüKoBGB/Busche, § 147 Rn. 4; ErmanBGB/Armbrüster, § 147 Rn. 2; Wertenbruch, BGB Allgemeiner Teil, § 10 Rn. 30.

⁴³ Vgl. Wertenbruch, BGB Allgemeiner Teil, § 9 Rn. 6.

⁴⁴ Vgl. NJW-RR 2016, S. 1073; Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 961).

⁴⁵ Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 962).

⁴⁶ BGHZ 195, S. 126; Sutschet, NJW 2014, S. 1041 (S. 1046); siehe hierzu auch den Aufsatz von Stadler, NJW 2017, S. 3092.

ist.⁴⁷ Vielmehr kommt es darauf an, wie der Betreiber die Erklärung „in Person“ abgegeben hätte. Soweit zwischen der automatisiert abgegebenen Erklärung und der dahinterstehenden „menschlichen“ Erklärung ein Widerspruch besteht, hat die Beurteilung anhand des menschlichen Adressaten zu erfolgen. Maßgeblich ist das Verständnis des menschlichen Adressaten und wie dieser die jeweilige Erklärung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte verstehen durfte.⁴⁸

b) Versicherungsschein

Im Versicherungswesen bedienen sich seit mehreren Jahren Versicherungsunternehmen Datenverarbeitungsanlagen bzw. Softwares, um Versicherungsscheine erstellen zu lassen.⁴⁹ Dabei kann man sich den Vertragsabschluss wie folgt verdeutlichen. Der Versicherungsnehmer erhält im Vorfeld vom Versicherungsunternehmen Informationen zur Versicherung (bspw. Leibrentenversicherung oder Wohngebäudeversicherung) samt den dazugehörigen allgemeinen Versicherungsbedingungen.⁵⁰ Sodann stellt der Versicherungsnehmer mit seinen Daten einen Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrages.⁵¹ Diese Daten werden daraufhin vom Versicherungsunternehmen in die Datenverarbeitungsanlage bzw. Software eingegeben, welche anschließend aufgrund der individuellen Daten selbstständig einen Versicherungsschein berechnet und erstellt.⁵² Die individuellen Daten des Versicherungsnehmers bilden hierbei die Grundlage für die Berechnung und Erstellung des konkreten Versicherungsscheins; dieser ist subjektiv auf den Versicherungsunternehmer angepasst.⁵³ Mit Erstellung und Übersendung des Versicherungsscheins nimmt das Versicherungsunternehmen typischerweise den Antrag des Versicherungsnehmers an.⁵⁴ Somit ist im Erstellen des Versicherungsscheins ein Fall der automatisierten Willenserklärung zu sehen.⁵⁵

⁴⁷ Vgl. *Janal*, AcP 215 (2015), S. 830 (S. 834); *Schinkels*, LMK 2013 343553; NJ 2012, S. 293 (S. 294); *Stadler*, JA 2013, S. 465 (S. 466); *Stadler*, NJW 2013, S. 3092.

⁴⁸ BGHZ 195, S. 126.

⁴⁹ Vgl. OLG Köln VersR 2002, S. 85 (S. 86); OLG Hamm NJW 1993, S. 2321.

⁵⁰ Langheid/Wandt/*Armbrüster*, VVG § 7 Rn. 35.

⁵¹ Siehe Näheres zum Antragsmodell beim Abschluss von Versicherungen in Regierungsbegr. BT-Drucks. 16/3945, S. 60.

⁵² OLG Köln VersR 2002, S. 85 (S. 86); OLG Hamm NJW 1993, S. 2321; Spindler/Schuster/*Spindler*, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 5; dazu auch *Köhler*, AcP 182 (1982), S. 126 (S. 132).

⁵³ Vgl. OLG Hamm NJW 1993, S. 2321.

⁵⁴ Langheid/Wandt/*Armbrüster*, VVG § 7 Rn. 35; Beckmann/Matusche-Beckmann/*Schwintowski*, VersR-HdB § 18 Rn. 20.

⁵⁵ OLG Köln VersR 2002, S. 85 (S. 86); OLG Hamm NJW 1993, S. 2321; Spindler/Schuster/*Spindler*, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 5.

c) „*Smarter“ Drucker*

„Nie mehr ohne Tinte oder Toner“ heißt das Werbeversprechen der HP Deutschland GmbH.⁵⁶ Mithilfe von einem smarten Druckersystem, dem Instant Ink, soll dem Kunden nie wieder Tinte und Toner ausgehen.⁵⁷ Erwirbt ein Kunde einen derartigen smarten Drucker von HP, hat er die Wahl, ob er sich zusätzlich für den Instant-Ink-Service registriert. Dies erfordert einen HP-Account, eine Internetverbindung, die ausschließliche Nutzung von Original-HP-Tinte/Toner während der Lebensdauer des Druckers, eine gültige Kreditkarte (VISA, Mastercard, American Express) oder ein gültiges Lastschriftkonto sowie eine E-Mail-Adresse.⁵⁸ Bei Registrierung für den Instant-Ink-Service ist einzustellen, wie viele Seiten ungefähr verbraucht werden.⁵⁹ Dabei ist ein unterschiedliches Kontingent buchbar. Soweit diese Einstellungen im HP-Konto registriert sind, der Drucker eingerichtet und mit dem HP-Konto verknüpft ist, setzt der Kunde durch die Wahl des Instant-Ink-Paketes fest, wann der Drucker automatisiert neue Patronen bestellen soll. Eine Bestellung wird ausgelöst, wenn der Füllstand der Druckerpatronen unter einen gewissen Schwellenwert fällt.⁶⁰ Der Drucker gibt sodann eine automatisierte Willenserklärung in Form eines Angebots ab, neue Druckerpatronen zu bestellen. Diese Erklärung ist subjektiv dem Inhaber des Druckers zuzurechnen, objektiv wird der Vertragsschluss vom Drucker ausgeführt.

d) *Erwerb von DB-Fahrkarten*

Ist eine Fahrt mit der Deutschen Bahn (DB) beabsichtigt, ist eine DB-Fahrkarte zu erwerben.⁶¹ Dies geschieht bspw. über die Onlineplattform der Deutschen Bahn. In einem ersten Schritt ist der Abfahrts- und Ankunftszeit in der Onlinemaske von DB einzugeben. Im nächsten Schritt erhält der Kunde denkbare möglichen Verbindungen. Nachdem der Kunde eine Verbindung ausgewählt hat, hat er seine persönlichen Daten einzugeben und eine Zahlungsoption auszuwählen. In einem letzten Schritt muss nun der Kunde aktiv buchen.

⁵⁶ <https://www.hp.com/de-de/shop/faq.aspx?p=terms-and-conditions#store-agbs> (zuletzt geprüft am 11.05.2023); <https://www.hp.com/de-de/printers/deskjet-printers.html> (zuletzt geprüft am 11.05.2023); <https://www.hp.com/de-de/shop/offer.aspx?p=instantink> (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

⁵⁷ <https://www.hp.com/de-de/shop/offer.aspx?p=instantink> (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

⁵⁸ <https://www.hp.com/de-de/shop/offer.aspx?p=hp-plus> (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

⁵⁹ Vgl. *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 961); *Specht/Herold*, MMR 2018, S. 40, S. 41; Näheres zum „Instant Ink“-Tinten-Lieferservice von HP: https://instantink.hpconnect-ed.com/de/de/l/?jumpid=ps_r7nijcvsk6&gclid=EA1aIQobChM1o_LKuer48AIVkM13Ch1lzQQFEAYASAAEgKAgvD_BwE&gclsrc=aw.ds (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

⁶⁰ <https://www.hp.com/de-de/shop/offer.aspx?p=hp-plus> (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

⁶¹ <https://www.bahn.de/agb> (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

Bei allen online buchbaren Angeboten der DB kommt der Vertrag zustande, sobald der Kunde die Buchungsbestätigung der erfolgreichen Buchung erhalten hat.⁶² Eine Überprüfung dieses Vertrags wird durch keinen (menschlichen) DB-Mitarbeiter durchgeführt. Vielmehr erklärt das DB-Computersystem selbstständig, dass es das Angebot des Kunden annimmt. Es handelt sich um eine automatisierte Willenserklärung.

Erwirbt der Kunde eine Fahrkarte an einem DB-Automaten, unterscheidet sich dies faktisch nicht vom zuvor geschilderten Vertragsabschluss. An einem DB-Fahrkartautomaten werden Startpunkt und Reiseziel angegeben. Im Anschluss ist zwischen verschiedenen Verbindungen und auch Tarifen zu wählen.⁶³ Nach der Auswahl der Verbindung wird zu den Zahlungsoptionen weitergeleitet. Nach Zahlung druckt der DB-Automat die Fahrkarte des Kunden aus. Damit ist der Beförderungsvertrag zustande gekommen.⁶⁴ Der DB-Fahrkartautomat ist computergesteuert und gibt eine automatisierte Willenserklärung für die DB-Fernverkehr AG ab.

e) Zwischenergebnis

Die vielfältigen Anwendungsfälle zeigen, dass automatisierten Willenserklärungen eine hohe praktische Bedeutung zukommt, welche aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung weiter zunehmen wird.

II. Ziel und Gegenstand der Arbeit

Ziel der Arbeit ist es, der Frage nachzugehen, ob § 305c Abs. 2 BGB analog auf unklare automatisierte Willenserklärungen anwendbar ist. Die Erörterung dieser Frage erfolgt dabei schwerpunktmäßig unter einem historischen Gesichtspunkt. Ziel ist es, auf dieser Basis die Frage zu beantworten, ob und wie die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB auf unklare automatisierte Willenserklärungen in der heutigen Rechtspraxis zulässig ist. Beleuchtet wird dabei insbesondere die rechtshistorische Entwicklung der (allgemeinen) Unklarheitenregel. Die Frage nach der Zulässigkeit der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB erscheint aber nicht nur vor dem rechtshistorischen Hintergrund interessant, sondern ist vor allem geboten, weil es bislang an einer rechtlichen Überprüfung dieser Analogie mangelt. Ungeachtet dessen ist aber bereits von einer herrschenden Meinung die Rede.⁶⁵

⁶² <https://www.bahn.de/agb> (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

⁶³ https://www.bahn.de/service/buchung/wege_zur_fahrkarte/automat (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

⁶⁴ <https://www.bahn.de/agb> (zuletzt geprüft am 11.05.2023); https://www.bahn.de/service/buchung/wege_zur_fahrkarte/automat (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

⁶⁵ Siehe zu Annahme als h. M. *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 964); *Wilhelm*, WM 2020, S. 1849 (S. 1851); zurückhaltender *Janal*, AcP 215 (2015), S. 830 (S. 852).

Gegenstand der Arbeit ist die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen und dort insbesondere die Zulässigkeit der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB. Ausführungen zu den allgemeinen Vorschriften über die Auslegung (§§ 133, 157 BGB) werden dabei nur vorgenommen, sofern diese Auswirkungen auf automatisierte Willenserklärungen haben. Um dem Umfang der Arbeit gerecht zu werden, bleibt die umfassende Ausführung zur allgemeinen Auslegung von Willenserklärungen und deren gesetzlichen Regelungen ausgenommen.

III. Gang der Untersuchung

Zunächst wird die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen untersucht. Hierbei sind insbesondere die Anwendung der Auslegungsregeln §§ 133, 157 BGB sowie die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen „wie AGB“ zu diskutieren. Die Darstellung dieser Auslegungsregeln soll als Grundgerüst für Fragen nach der „allgemeinen“ Auslegung von automatisierten Willenserklärungen dienen. Im Anschluss daran erfolgt die Erörterung zur Auslegung automatisierter Willenserklärungen im Falle von Auslegungszweifeln. Neben einer Begriffsbestimmung von „Auslegungszweifeln“ werden Stimmen, die die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB befürworten, konzise vorgestellt. Dem schließt sich sodann die Untersuchung des (vermeintlichen) Lösungsansatzes an, auf unklare automatisierte Willenserklärungen § 305c Abs. 2 BGB analog anzuwenden. Vorbereitet wird die Untersuchung mit allgemeinen Ausführungen zur Analogie, bevor sich sodann die Zulässigkeitsprüfung der Analogie vor dem Hintergrund der Historie anschließt. Diese teilt sich grob in drei Teile ein – Unvollständigkeit des Gesetzes, Planwidrigkeit und Wertungsgleichheit der Sachverhalte. Im ersten Teil wird die Entwicklung der allgemeinen Unklarheitenregel vom römischen Recht bis ins 21. Jahrhundert beleuchtet und geklärt, welche Regelungsabsicht insbesondere der BGB-Gesetzgeber in Bezug zur Unklarheitenregel verfolgte. Im zweiten Teil wird der Frage nachzugehen sein, inwieweit die Unvollständigkeit des Gesetzes als planwidrig zu erachten ist. Diese Frage soll unter anderem durch Heranziehung der Motive und Entwürfe zum BGB sowie auch unter Heranziehung der Entwürfe zum AGB-Gesetz geklärt werden. Den Schwerpunkt bildet die Frage, ob sich aus den Motiven und Entwürfen zum BGB ein „Schlupfloch“ für die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB begründen lässt. In einem letzten Schritt gilt es, die Wertungsgleichheit der Sachverhalte in den Blick zu nehmen. Hiernach müssten geregelter Sachverhalt (Auslegung von unklaren AGB) und ungeregelter Sachverhalt (Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen) einander ähneln bzw. wertungsgleich sein.

Dem Kapitel zur Auslegung von automatisierten Willenserklärungen schließt sich sodann ein Kapitel an, welches die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB aus rechtsökonomischer und rechtsvergleichender Sicht betrachtet. Begonnen wird mit der rechtsökonomischen Betrachtung. Diese befasst sich thematisch mit dem

Prinzip des „cheapest cost avoider“ und damit, ob dieses auf automatisierte Willenserklärungen bzw. auf den Verwender von automatisierten Willenserklärungen übertragen werden kann. Im Anschluss daran folgt ein Rechtsvergleich zu Österreich. Hierbei werden die Grundsätze der Auslegung von „normalen“ Willenserklärungen, aber auch von automatisierten Willenserklärungen erörtert. Speziell die im österreichischen Recht verankerte Unklarheitenregel in § 915 ABGB wird in ihrer geschichtlichen Entwicklung und in ihrem Anwendungsbereich thematisiert. Fraglich ist, wie im österreichischen Recht unklare automatisierte Willenserklärungen ausgelegt werden und ob der rechtsvergleichende Befund insoweit die Anwendung der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB im deutschen Recht zu stützen vermag.

Im vorletzten Schritt befasst sich die Untersuchung zum einen damit, ob *de lege lata* Auslegungsregeln oder Auslegungsmaximen bestehen, die das gleiche Auslegungsergebnis erreichen wie die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB. Zum anderen wird *de lege ferenda* untersucht, ob sich möglicherweise die Aufstellung eines ungeschriebenen Auslegungsgrundsatzes *contra proferentem* oder auch eine Kodifizierung einer allgemeinen/besonderen Unklarheitenregel als sinnvoll erweisen könnten. Die Untersuchung schließt sodann mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse ab.

B. Die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen

Das nachfolgende Kapitel soll den Hauptteil der Untersuchung bilden. Unterteilt wird das Kapitel in einen Abschnitt zur allgemeinen Auslegung von automatisierten Willenserklärungen und in einen Abschnitt zur Auslegung im Falle von Auslegungszweifeln bei automatisierten Willenserklärungen. Letzterer soll den Schwerpunkt des Kapitels darstellen. Im letzten Abschnitt wird insbesondere der Frage nachgegangen, inwieweit die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB zulässig ist. Dies wird vor allem vor dem Hintergrund der Historie untersucht, da der Gesetzgeber mit der sogenannten Unklarheitenregel in § 305c Abs. 2 BGB kein neues Recht geschaffen hat, sondern nur kodifiziert hat, was bisher in Rechtsprechung und Lehre anerkannt war.⁶⁶

I. Die allgemeine Auslegung von automatisierten Willenserklärungen

1. Auslegung wie „normale“ Willenserklärungen, §§ 133, 157 BGB

Automatisierte Willenserklärungen unterliegen den gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen wie „normale“ Willenserklärungen;⁶⁷ automatisierte Willenserklärungen sind insoweit „normale“ Willenserklärungen.⁶⁸ Mithin gelten für ihre Auslegung die Auslegungsnormen §§ 133, 157 BGB.⁶⁹ Folglich macht es keinen Unterschied, ob die Willenserklärung mithilfe eines Computerprogramms aufgrund vorheriger manueller Dateneingabe im Anschluss automatisch erzeugt wurde oder ob sie von Anfang bis Ende einem Menschen zuzuschreiben ist. So weit eine automatisierte Willenserklärung auslegungsbedürftig erscheint, finden die allgemeinen Regelungen (§§ 133, 157 BGB) Anwendung.

⁶⁶ Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 11.

⁶⁷ Siehe BGH NJW 2005, S. 53 (S. 54); m.w.N. Köhler, AcP 182 (1982), S. 128, S. 133 f.; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 256.

⁶⁸ So Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 964).

⁶⁹ BeckOGK BGB/Möslein, § 133 Rn. 93 f.; NK-BGB/Looschelders, § 133 Rn. 89; PWWBGB/Ahrens, § 133 Rn. 8 ff.; Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 964).

2. Auslegung „wie AGB“

Automatisierte Willenserklärungen sollen nach verbreiteter Ansicht „wie AGB“ und damit objektiv ausgelegt werden.⁷⁰ Demnach wäre der Sinngehalt einer automatisierten Willenserklärung nach objektiven Maßstäben anhand der Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Angehörigen des betreffenden Verkehrskreises zu bestimmen.⁷¹

a) Vergleich AGB und automatisierte Willenserklärungen

aa) Anonymer, unbestimmter Personenkreis

Dass automatisierte Willenserklärungen losgelöst vom Einzelfall auszulegen sein sollen, wird damit begründet, dass sich diese – ähnlich wie AGB – „regelmäßig“⁷² oder „in der Regel“⁷³ an einen unbestimmten, anonymen Kreis potenzieller Kunden richten.⁷⁴ Fraglich ist, ob dies ein geeignetes Kriterium bildet, die Auslegung „wie AGB“ zu begründen.

(1) Anonymer, unbestimmter Personenkreis bei AGB

In Bezug auf das Vorliegen von AGB stellt der anonyme, unbestimmte Personenkreis keine Voraussetzung dar.⁷⁵ Vielmehr ist das Vorliegen von AGB an das Merkmal „für eine Vielzahl von Verträgen“ gebunden.⁷⁶ Das Merkmal „für eine Vielzahl von Verträgen“ setzt indessen nicht voraus, dass die Vertragsbedingungen tatsächlich „für eine Vielzahl“ von Verträgen⁷⁷ verwendet wurden; die Absicht zur mehrfachen Verwendung genügt.⁷⁸ Weiter ist auch nicht erforderlich, dass sich die Vertragsbedingungen stets an einen unbestimmten Personenkreis richten.⁷⁹ Für die Verwendung von AGB bedarf es keiner vorangegangenen

⁷⁰ So BeckOGK BGB/*Möslein*, § 133 Rn. 93 f.; MüKoBGB/*Busche*, § 133 Rn. 25; NK-BGB/*Looschelders*, § 133 Rn. 89; Grüneberg/*Ellenberger*, § 133 Rn. 26a; *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 964).

⁷¹ BGHZ 22, S. 90 (S. 113); m.w.N. MüKoBGB/*Basedow*, § 305c Rn. 34 f.

⁷² So MüKoBGB/*Busche*, § 133 Rn. 25; BeckOGK BGB/*Möslein*, § 133 Rn. 93.

⁷³ *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 964).

⁷⁴ BeckOGK BGB/*Möslein*, § 133 Rn. 93; MüKoBGB/*Busche*, § 133 Rn. 25.

⁷⁵ Vgl. BeckOGK BGB/*Lehmann/Richter*, § 305 Rn. 47 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/*Habersack*, § 305 Rn. 5 ff.; Neuner, BGB AT, § 47 Rn. 7 ff.; Wertenbruch, BGB Allgemeiner Teil, § 11 Rn. 3 ff.

⁷⁶ Vgl. BGH NJW-RR 1998, S. 259; NJW-RR 1988, S. 57 (S. 58); Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/*Habersack*, § 305 Rn. 23; MüKoBGB/*Basedow*, § 305c Rn. 17 ff.

⁷⁷ Regelmäßig wird von einer Vielzahl von Verwendungen ausgegangen, wenn eine dreimalige Verwendung geplant ist. BGH NJW 2002, S. 138; 2004, S. 1454; MüKoBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 18.

⁷⁸ NJW 2004, S. 1454 (S. 1455); NZA 2003, S. 746.

⁷⁹ Vgl. BGH NJW 2004, S. 1454; BAG DB 2006, S. 1377; BeckOGK BGB/*Lehmann-Richter*, § 305 Rn. 121; MüKoBGB/*Basedow*, § 305c Rn. 18.

Rechtsbeziehung der Vertragsparteien. Aufgrund von mehr Standardisierung in der Rechtspraxis bildeten sich AGB als Erscheinungsform des Massenverkehrs heraus.⁸⁰ Demnach konnte ein individuelles Aushandeln einzelner Vertragsbedingungen mit der Verwendung von AGB umgangen werden. Vor diesem Hintergrund finden sich im heutigen Rechtsverkehr massenhaft Verträge, deren Inhalte zumindest teilweise von AGB geprägt sind.⁸¹ Der anonyme und unbestimmte Personenkreis muss derweil nicht miteinhergehen. Das Ziel ist es lediglich, eine effiziente Abwicklung von Massegeschäften (Rationalisierung) zu erreichen – ungeachtet dessen, ob der Vertragspartner anonym oder bekannt ist.⁸²

(2) Anonymer, unbestimmter Personenkreis bei automatisierten Willenserklärungen

In Bezug auf automatisierte Willenserklärungen stellt der anonyme und unbestimmte Personenkreis ebenfalls keine Voraussetzung dar.⁸³ Die Funktion von automatisierten Willenserklärungen kann wie bei AGB darin gesehen werden, Massegeschäfte effizienter abzuwickeln. Durch die jeweiligen Voreinstellungen des Datenverarbeitungsprogramms wird ermöglicht, dass bspw. der Onlineverkäufer oder das Versicherungsunternehmen nicht mit jedem Kunden einzeln den Vertrag abschließen muss. Vielmehr wird im Vorfeld erklärt, dass bei Eintritt bestimmter Bedingungen bzw. bei Eingabe von Daten das Programm eine automatisierte Willenserklärung generiert (und selbstständig in den Verkehr bringt).⁸⁴ Der Kunde muss sich in solch einem Falle zumeist bewusst sein, dass seine Erklärung automatisiert bearbeitet wird und einer menschlichen Kenntnisnahme entzogen ist.⁸⁵ Andernfalls würde der Bestellvorgang verlangsamt und die Rationalisierung der Geschäftsprozesse ausbleiben.⁸⁶ Grundsätzlich erscheint die automatisierte Willenserklärung damit zwar standardisiert, jedoch nicht individualisiert.⁸⁷

Ausnahmsweise kann eine automatisierte Willenserklärung jedoch auch standardisiert und individualisiert sein. Insbesondere im Onlinehandel kann ein Unternehmer mithilfe individualisierter Preise bestimmten Kunden Sonderpreise gewähren und damit konkret auf ein individuelles Vertragsverhältnis einwirken.⁸⁸

⁸⁰ ErmanBGB/Roloff/Looschelders, Vorbemerkung § 305 Rn. 1; MüKoBGB/Basebow, Vorbemerkung § 305 Rn. 1.

⁸¹ Vgl. MüKoBGB/Basebow, Vorbemerkung § 305 Rn. 1.

⁸² So Neuner, BGB AT, § 47 Rn. 3; Wertenbruch, BGB Allgemeiner Teil, § 11 Rn. 2.

⁸³ Vgl. Köhler, BGB Allgemeiner Teil, § 6 Rn. 8; Spindler/Schuster/Spindler, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 5; Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, § 17 Rn. 32a.

⁸⁴ Vgl. Spindler/Schuster/Spindler, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 5; Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 962).

⁸⁵ Janal, AcP 215 (2015), S. 830 (S. 835).

⁸⁶ Janal, AcP 215 (2015), S. 830 (S. 835).

⁸⁷ BeckOGK BGB/Möslein, § 133 Rn. 93.

⁸⁸ Hofmann, WRP 9/2016, S. 1074 (S. 1080).

Unter individualisierten Preisen wird der Zuschnitt eines Preises auf bestimmte Personen (qualitative Preisgestaltung) verstanden.⁸⁹ Hierbei wird der Preis anhand verbraucherspezifischer Kriterien wie bspw. des verwendeten Endgeräts, des Browsers, des Alters, des Geschlechts oder des vorausgehenden Kauf- und Surfverhaltens im Internet gebildet.⁹⁰ Ermöglicht wird der individualisierte Preiszuschnitt durch massenhafte Datenansammlung und Datenverknüpfung unter dem Einsatz von Computeralgorithmen.⁹¹ Mithilfe dieser Datenansammlung können sodann umfassende und detaillierte Konsumentenprofile erstellt werden.⁹² Diese können wiederum dazu genutzt werden, personalisierte Aufforderungen zur Abgabe eines Angebots (*invitatio ad offerendum*)⁹³ abzugeben, oder aber auch, um spezifische Vertragsbedingungen anzubieten, die dem Konsumverhalten des Kunden am besten entsprechen.⁹⁴ Dabei agieren die Computeralgorithmen zunehmend autonom und geben eigenständig und automatisiert personalisierte Aufforderungen zur Bestellung ab.⁹⁵ Da diese Aufforderungen auf den individuellen Kriterien des Kunden beruhen, können sie als individualisierte automatisierte Willenserklärungen angesehen werden.⁹⁶ Demnach können sich automatisierte Willenserklärungen sowohl an einen anonymen unbestimmten Personenkreis als auch an einen individualisierten Personenkreis richten.

(3) Zwischenergebnis

Inwieweit AGB und automatisierten Willenserklärungen jeweils der anonyme unbestimmte Personenkreis anhaftet, kann wie folgt zusammengefasst werden. In Bezug auf AGB ist davon auszugehen, dass ihr Einsatz in der Regel gegenüber einem anonymen unbestimmten Personenkreis erfolgt. Im Falle von automatisierten Willenserklärungen wurde festgestellt, dass diese dazu konzipiert wurden, Massengeschäfte effizienter abzuwickeln, und dabei grundsätzlich einen anonymen unbestimmten Personenkreis ansprechen wollen.⁹⁷ Jedoch muss insbeson-

⁸⁹ Hofmann, WRP 9/2016, S. 1074 (S. 1075).

⁹⁰ Zander-Hayat/Reisch/Steffen, VuR 2016, S. 403 (S. 404).

⁹¹ Zander-Hayat/Reisch/Steffen, VuR 2016, S. 403 (S. 404).

⁹² Wagner/Eidenmüller, ZfPW 2019, S. 220 (S. 221).

⁹³ Die per Internet oder E-Mail übermittelten Aufforderungen zur Bestellung (bspw. elektronische Kataloge oder ähnliche Werbung) sind regelmäßig als *invitatio ad offerendum* einzuordnen, da es zumeist noch an einem Rechtsbindungswillen fehlt. BGH NJW 2005, S. 3567 (S. 3568); MMR 2003, S. 274.

⁹⁴ Wagner/Eidenmüller, ZfPW 2019, S. 220 (S. 222); Porat/Strahilevitz, Michigan Law Review (Volume 112, Issue 8) 2014, S. 1417 (S. 1441).

⁹⁵ BeckOGK BGB/Möslein, § 133 Rn. 94 f.; <https://www.wirtschaftsdienst.eu/inhalt/jahr/2020/heft/10/beitrag/big-data-und-preisdiskriminierung.html> (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

⁹⁶ BeckOGK BGB/Möslein, § 133 Rn. 95.

⁹⁷ Vgl. Spindler/Schuster/Spindler, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 5; Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 962).

dere im Rahmen des Onlinehandels berücksichtigt werden, dass sich einzelne Unternehmen wie bspw. Amazon oder Google Verkaufsalgorithmen zunutze machen, um individuelle Aufforderungen zur Bestellung automatisiert an den Kunden abzugeben.⁹⁸ In solch einem Fall würde statt eines anonymen unbestimmten Personenkreises eine konkrete Person als potenzieller Vertragspartner angesprochen werden. Insbesondere im Falle von personalisierten Preisen würde speziell auf ein konkretes Vertragsverhältnis eingewirkt werden können.⁹⁹

Dies ändert aber nichts daran, dass auch im Rahmen von automatisierten Willenserklärungen der Fokus wohl auch auf dem Abschluss von Massenverträgen liegen wird. Zum einen werden nicht in jedem Onlinehandel individualisierte Aufforderungen zur Bestellung mittels automatisierter Willenserklärungen abgegeben. Zum anderen werden automatisierte Willenserklärungen auch auf Ebenen eingesetzt, wo weniger der individuelle Kundenkontakt als vielmehr der Vertragsabschluss an sich im Vordergrund steht.¹⁰⁰

Deshalb wird davon ausgegangen, dass automatisierte Willenserklärungen im Allgemeinen zur Vereinheitlichung bzw. Vereinfachung des Vertragsschlusses eingesetzt werden und sich damit in der Regel an einen anonymen unbestimmten Personenkreis richten.¹⁰¹ Insoweit gilt, dass sowohl bei AGB als auch bei automatisierten Willenserklärungen der anonyme und unbekannte Personenkreis zwar keine Voraussetzung darstellt. Jedoch ist der Adressat sowohl von AGB als auch von automatisierten Willenserklärungen regelmäßig ein anonymer und unbekannter Personenkreis. Insoweit bildet der Adressat von AGB und automatisierten Willenserklärungen ein geeignetes Kriterium, um automatisierte Willenserklärungen den Auslegungsregeln von AGB zu unterwerfen.

bb) Vorformulierung

In § 305 Abs. 1 S. 1 BGB ist geregelt, dass die Vertragsbedingungen vorformuliert sein müssen. Dies bedeutet, dass sie vor Einbeziehung in den Vertrag inhalt-

⁹⁸ BeckOGK BGB/*Möslein*, § 133 Rn. 94 f.; <https://www.wirtschaftsdienst.eu/inhalt/jahr/2020/heft/10/beitrag/big-data-und-preisdiskriminierung.html> (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

⁹⁹ In diesem Zusammenhang muss allerdings eingewandt werden, dass es bislang an einer empirischen Evidenz für einen flächendeckenden Einsatz individualisierter Preise im deutschen Onlinehandel fehlt. *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, S. 403 (S. 405); <https://www.verbraucherzentrale.de/sites/default/files/2019-09/marktwaechter untersuchung-individualisierte-preisdifferenzierung.pdf> (zuletzt geprüft am 11.05.2023); <https://www.wirtschaftsdienst.eu/inhalt/jahr/2020/heft/10/beitrag/big-data-und-preisdiskriminierung.html> (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

¹⁰⁰ Vgl. bspw. den Kauf von Fahrkarten an Fahrkartautomaten oder beim Bestellen von Druckertönen.

¹⁰¹ Vgl. MüKoBGB/*Busche*, § 133 Rn. 25; BeckOGK BGB/*Möslein*, § 133 Rn. 93; *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 964).

lich feststehen und aufgestellt sind;¹⁰² ein zeitlicher Abstand ist insoweit notwendig. Die Vertragsbedingungen dürfen des Weiteren nicht ausschließlich für einen konkret-individuellen Vertrag formuliert worden sein.¹⁰³ Mangelt es an dem Kriterium der Vorformulierung, liegen keine AGB vor.¹⁰⁴

Für die Herstellung einer automatisierten Willenserklärung ist die „vorherige (manuelle) Dateneingabe“¹⁰⁵ erforderlich. Damit wird nicht wörtlich von einer „Vorformulierung“ gesprochen. Jedoch sollte die „vorherige Dateneingabe“ in das Programm sinngleich für den Begriff der „Vorformulierung“ verstanden werden. Schließlich wird mit der „vorherigen Dateneingabe“ bestimmt, wann und wie die Datenverarbeitungsanlage rechtsgeschäftlich tätig wird. Ohne eine „vorherige Dateneingabe“ verwirklicht die Datenverarbeitungsanlage keine logischen Operationen; eine automatisierte Willenserklärung würde nicht erzeugt werden. Demnach bestimmt die „vorherige Dateneingabe“ den Inhalt der künftigen automatisierten Willenserklärung, sodass dies als ein bedeutungsgleiches Wort für „die Vorformulierung“ gesehen werden soll. Insofern besteht das Kriterium der Vorformulierung sowohl bei AGB als auch bei automatisierten Willenserklärungen.

b) Ergebnis

Der Vergleich zwischen AGB und automatisierten Willenserklärungen ergibt, dass beiden die Kriterien des anonymen unbestimmten Personenkreises und der Vorformulierung gemein sind. Dies bedeutet indessen aber nicht, dass AGB und automatisierte Willenserklärungen als rechtlich gleich anzusehen sind. Schließlich sind automatisierte Willenserklärungen nach wie vor Willenserklärungen, wogegen AGB Regelungen sind, die zwischen Vertragsparteien vereinbart werden. Sie legen die Bedingungen fest, unter denen die Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien stattfindet. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden liegt darin, dass AGB allgemeine Regelungen enthalten, die für eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen gelten, während automatisierte Willenserklärungen spezifischen Willenserklärungen entsprechen, die in einem bestimmten Vertragsverhältnis abgegeben werden.

Dennoch erscheint eine einzelfallbezogene Auslegung nicht sinnvoll, da automatisierte Willenserklärung durch ihre Vorformulierung und auch Automatisierung für den Massenverkehr in einem gewissen Maße standardisiert sein müs-

¹⁰² BeckOGK BGB/*Lehmann-Richter*, § 305 Rn. 110; ErmanBGB/*Roloff/Looschellers*, § 305 Rn. 9; MüKoBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 13; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, § 305 Rn. 21.

¹⁰³ BGH NJW 2019, S. 2997; 1996, S. 249 (S. 250).

¹⁰⁴ BeckOGK BGB/*Lehmann-Richter*, § 305 Rn. 109; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, § 305c Rn. 20; StaudingerBGB/*Mäsch*, § 305 Rn. 25.

¹⁰⁵ Siehe Köhler, BGB Allgemeiner Teil, § 6 Rn. 8; Spindler/Schuster/*Spindler*, Vorbemerkung §§ 116ff. BGB Rn. 5; Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, § 17 Rn. 32a.

sen.¹⁰⁶ Regelmäßig richten sich die automatisierten Willenserklärungen nämlich nicht an einen bestimmten, sondern unbestimmten Adressaten, sodass die Auslegung allein deshalb der Objektivierung bedarf.¹⁰⁷ Vor diesem Hintergrund und auch weil AGB und automatisierte Willenserklärungen in den genannten Punkten vergleichbar sind, erscheint die Auslegung „wie AGB“ gut vertretbar.¹⁰⁸ Somit können zusätzlich zur Auslegung nach §§ 133, 157 BGB die Grundsätze über die objektive Auslegung berücksichtigt werden.

Für die Praxis bedeutet dies nun, dass automatisierte Willenserklärungen objektiv nach Maßgabe der Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Kundenkreises ausgelegt werden können, ohne dass es auf den konkreten Erklärungs-empfänger ankommt.¹⁰⁹ Die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen ist somit losgelöst von den Zufälligkeiten des Einzelfalles und den individuellen Vorstellungen der Parteien.¹¹⁰ Soweit es der Auslegung bedarf, muss folglich aus Sicht des jeweilig am elektronischen Geschäftsverkehr beteiligten Personenkreises beurteilt werden, wie dieser die Willenserklärung verstehen durfte.

II. Die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen im Falle von Auslegungszweifeln

In der Literatur wird darüber hinaus die Ansicht vertreten, dass, soweit bei der Auslegung von automatisierten Willenserklärungen Auslegungszweifel verbleiben, § 305c Abs. 2 BGB analog angewendet werden könne.¹¹¹ Dies würde bedeuten, dass nicht nur im Rahmen von AGB die Unklarheitenregel als Auslegungsregel anwendbar wäre, sondern auch auf Ebenen, auf denen automatisierte Willenserklärungen eingesetzt werden. Der Verwender von automatisierten Willenserklärungen müsste sich dann bei einer mehrdeutigen bzw. zweifelhaften automatisierten Willenserklärung diejenige Auslegung zurechnen lassen, die für den Vertragspartner am günstigsten ist.¹¹² Rechtlich erscheint dies nicht einwandfrei, da insbesondere mit der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB die eigentlich

¹⁰⁶ BeckOGK BGB/*Möslein*, § 133 Rn. 93.

¹⁰⁷ BeckOGK BGB/*Möslein*, § 133 Rn. 93 f.; *Braegelmann/Kaulartz/Möslein*, Kapitel 8 Rn. 24.

¹⁰⁸ NK-BGB/*Looschelders*, § 133 Rn. 89; *Grüneberg/Ellenberger*, § 133 Rn. 26a; MüKoBGB/*Busche*, § 133 Rn. 25; BeckOGK BGB/*Möslein*, § 133 Rn. 93 ff.; vgl. auch *Paefgen*, JuS 1988, S. 592 (S. 595 f.).

¹⁰⁹ *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 332; MüKoBGB/*Busche*, § 133 Rn. 25; NK-BGB/*Looschelders*, § 133 Rn. 89; *Grüneberg/Ellenberger*, § 133 Rn. 26a; *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 964).

¹¹⁰ Vgl. BGHZ 49, S. 88; NJW-RR 99, S. 105; PWW/K. P. Berger, § 305c Rn. 11 ff.

¹¹¹ In einzelnen Schriften wird dies bereits als herrschende Meinung deklariert. Siehe zur Annahme als h. M. *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 964); *Wilhelm*, WM 2020, S. 1849 (S. 1851); zurückhaltender *Janal*, AcP 215 (2015), S. 830 (S. 852).

¹¹² Vgl. BeckOGK BGB/*Bonin*, § 305c Rn. 69, 70.

zur Anwendung berufenen Dissens-Vorschriften (§§ 154, 155 BGB) umgangen werden würden. Diese greifen grundsätzlich dann ein, wenn die Parteien zwar von einem umfassenden Konsens ausgehen, sich aber im Irrtum über die Deckungsgleichheit ihrer Erklärungen befinden.¹¹³ So liegt es gerade bei der Verwendung mehrdeutiger Begriffe, wo sich zwar die Erklärungen äußerlich decken, die Auslegung aber ergibt, dass einer der verwandten Begriffe mehrdeutig ist und beide Parteien ihn deswegen unterschiedlich verstanden haben.¹¹⁴ Dieser sogenannte versteckte Dissens führt in der Regel zum Nichtzustandekommen des Vertrages, außer der Vertrag wäre auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen worden.¹¹⁵

Soweit eine Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB im Falle von unklaren automatisierten Willenserklärungen zulässig wäre, wäre nicht der „Bestand“ des Vertrages in Gefahr, sondern die mehrdeutige Willenserklärung würde nach dem Interesse eines Vertragspartners ausgelegt werden und damit (in der Regel) zulasten des Verwenders.¹¹⁶ Hierdurch würde automatisierten Willenserklärungen eine Auslegungsregel zukommen, die für „normale“ Willenserklärungen nicht zur Verfügung steht. Diesen ist nämlich grundsätzlich der Zugang zu den in § 305c Abs. 2 BGB kodifizierten Unklarheitenregel bzw. generell zu einer Unklarheitenregel verwehrt. Es ist fraglich, ob sich durch diese Vorgehensweise über die gesetzliche Regelungsabsicht hinweggesetzt wird und damit eine unzulässige Rechtsfortbildung anzunehmen wäre. Automatisierte Willenserklärungen würden insoweit eine besondere Stellung einnehmen. Die grundsätzliche Konsequenz – das Nichtzustandekommen des Vertrages – würde für automatisierte Willenserklärungen nicht gelten.

Der folgende Abschnitt beschäftigt sich damit, ob diese Analogie rechtlich zulässig ist und, wenn ja, inwieweit die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Eingeteilt wird der Abschnitt in die Begriffsbestimmung von Auslegungszweifeln, in die Vorstellung der Literaturstimmen, die die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB vertreten, und in die Untersuchung des Lösungsansatzes. Letzteres bildet den größten Teil des Kapitels, da in diesem insbesondere die Regelungsabsicht des Gesetzgebers anhand der historischen Entwicklung der Unklarheitenregel vom römischen Recht bis in das 21. Jahrhundert untersucht werden soll. Von dem Abschnitt wird erhofft, mithilfe der historischen Erkenntnisse – gerade auf Ebene der Regelungslücke – die (Un-)Statthaftigkeit der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB zu begründen. Enden soll das Kapitel mit einer Stellungnahme.

¹¹³ BeckOGK BGB/Möslein, § 155 Rn. 1 ff.

¹¹⁴ Grüneberg/Ellenberger, § 155 Rn. 4.

¹¹⁵ Vgl. hierzu bspw. BGH NJW-RR 2000, S. 697; BGH NJW 1980, S. 2756.

¹¹⁶ „Was“ die günstigste Auslegung für den Vertragspartner darstellt, kann und soll nicht pauschal im Rahmen der Untersuchung geklärt werden. Vielmehr bedarf stets einer Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung der jeweiligen Verständnismöglichkeiten.

1. Begriffsbestimmung: Auslegungszweifel

„Auslegungszweifel“ liegen vor, wenn nach Erschöpfung der Auslegungsregeln mindestens zwei rechtlich vertretbare Auslegungsergebnisse verbleiben und dadurch eine gewisse Unentschiedenheit über den Sinngehalt der Willenserklärung bzw. des Vertrages fortbesteht;¹¹⁷ es muss „unklar bzw. zweifelhaft“ sein, was von den Parteien mit dieser Wortschöpfung gemeint war.¹¹⁸ Die Annahme von Auslegungszweifeln erfordert, dass im Vorfeld alle anerkannten Auslegungsgrundsätze angewendet wurden (Subsidiarität der Unklarheitenregel).¹¹⁹ Die Beurteilung, ob eine Regelung unklar ist, wird anhand der Verständnismöglichkeiten eines Durchschnittskunden aus dem jeweiligen Verkehrskreis vollzogen.¹²⁰ Auslegungszweifel können indessen nicht bereits dann angenommen werden, wenn ein Sachkomplex nicht umfassend geregelt wurde, die ergänzende Vertragsauslegung dies aber über dispositive Regelungen lösen kann.¹²¹

2. Die zur Analogie von § 305c Abs. 2 BGB vertretenen Literaturstimmen

Nachfolgend sollen Literaturstimmen vorgestellt werden, welche die analoge Anwendbarkeit der Unklarheitenregel in § 305c Abs. 2 BGB auf die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen vertreten. Der Schwerpunkt liegt auf Literaturstimmen der 1980er Jahre und der Kommentarliteratur, die darauf aufgebaut hat. Die Auswahl der Literaturstimmen erfolgt danach, inwieweit auf sie in späteren Schriften verwiesen wird, um die Auslegung in Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB zu befürworten. Es soll untersucht werden, wie die entsprechende Anwendung von § 305c Abs. 2 BGB bzw. § 5 AGBG verstanden wurde.

a) Köhler

In seinem 1982 verfassten Aufsatz mit dem Titel „Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen“¹²² beschäftigt sich *Helmut Köhler* mit dem durch die Automatisierung ausgelösten Spannungsver-

¹¹⁷ BGH NJW 2010, S. 2197 (S. 2198); BGH NJW-RR 2019, S. 721; 2016, S. 526.

¹¹⁸ Vgl. BeckOGK BGB/*Bonin*, § 305c Rn. 115; MüKoBGB/*Basedow*, § 305c Rn. 44; Grüneberg/*Grüneberg*, § 305c Rn. 15. Siehe ferner zum Begriff des Sprachrisikos auch *Kling*, Sprachrisiken im Privatrechtsverkehr, S. 6 ff.

¹¹⁹ BGH NJW 2011, S. 2122; BGH NJW 2013, S. 2138; BGH NJW-RR 2010, S. 62; 2002, S. 2102 (S. 2103); 1997, S. 343; *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, S. 498 ff.; BeckOGK BGB/*Bonin*, § 305c Rn. 115; MüKoBGB/*Basedow*, § 305c Rn. 44; Grüneberg/*Grüneberg*, § 305c Rn. 15.

¹²⁰ Vgl. BGHZ 51, S. 55 (S. 58); BGHZ 77, S. 116 (S. 118); BGH NJW 2011, S. 2122; 2005, S. 1183; BGH ZIP 2017, S. 1861.

¹²¹ MüKoBGB/*Basedow*, § 305c Rn. 46.

¹²² Zum Folgenden siehe *Köhler*, AcP 182 (1982), S. 126 ff.

hältnis widerstreitender Interessen bei Anbahnung, Vornahme und Abwicklung automatisierter Rechtsgeschäfte.¹²³ Im Rahmen des Zuganges von automatisierten Willenserklärungen befasste er sich damit, dass nicht nur die Erklärung in den Machtbereich gelangen muss (technische Komponente), sondern es darüber hinaus jedem Empfänger möglich sein muss, zumutbar von dem jeweiligen Erklärungsinhalt Kenntnis zu erlangen (intellektuelle Komponente).¹²⁴ Dies sei allerdings immer dann problematisch, wenn in automatisierten Erklärungen so genannte Schlüsselzeichen zur inhaltlichen Kennzeichnung verwendet werden.¹²⁵ Unter dem Begriff der Schlüsselzeichen versteht Köhler alle Ziffern, Buchstaben und Symbole, die zur inhaltlichen Kennzeichnung verwendet werden und deren Bedeutung an anderer Stelle erläutert werden muss.¹²⁶ Damit sind Schlüsselzeichen eine Darstellungsform, die es ermöglicht, eine Vielzahl von Erklärungen kompakt und verkürzt darzustellen.¹²⁷ Da je nach Unternehmer unterschiedliche Schlüsselzeichen verwendet werden, um verschiedenste Erklärungen abzugeben, ist es für den Privatmann zuweilen kaum zu durchschauen, was für ein Vertragsinhalt vereinbart wird.¹²⁸

Vor diesem Hintergrund fragt sich Köhler, welcher Grad an Verständlichkeit gegeben sein muss, um von einem Zugang im Rechtssinne zu sprechen.¹²⁹ Hier-

¹²³ So juris Literaturnachweis zu Köhler, DuD 1986, S. 337–344.

¹²⁴ Siehe hierzu im Abschnitt C „Automatisierung und Rechtsgeschäft“, Unterabschnitt IV „Zum Wirksamwerden ‚automatisierter Willenserklärungen‘“, „2. Der Zugang der Willenserklärung“: „Eine Erklärung wird im Regelfall mit ihrem Zugang wirksam (§ 130 Abs. 1 BGB). Dazu muß sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt sein, daß er unter normalen Verhältnissen von ihr Kenntnis nehmen konnte. Beim Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen können dabei *technische* und *intellektuelle* Zugangsprobleme entstehen. Probleme *technischer* Natur können auftreten, wenn die Erklärung in Maschinensprache, also in binär codierter Datendarstellung, übermittelt wird. [...] Der Zugang einer Erklärung setzt nicht nur voraus, daß sie [die Willenserklärung] in den Machtbereich des Empfängers gelangt, sondern auch, daß dem Empfänger die Kenntnisnahme von ihrem Inhalt möglich und zumutbar ist. Diese *intellektuelle* Komponente des Zugangs ist insbesondere angesprochen, wenn in automatisierten Erklärungen Schlüsselzeichen [...] zur inhaltlichen Kennzeichnung verwendet werden, deren Bedeutung an anderer Stelle kleingedruckt erläutert wird.“ Köhler, AcP 182 (1982), S. 126, S. 139 ff.

¹²⁵ Köhler, AcP 182 (1982), S. 126 (S. 141).

¹²⁶ Köhler, AcP 182 (1982), S. 126 (S. 141).

¹²⁷ Bspw. könnten Abkürzungen wie a.a.O. (am angegebenen Ort), -b (bar); -D (Dienst) etc. benutzt worden sein, die den Vertragsinhalt beschreiben. Denkbar wären aber auch Symbole wie ein Schlägel und Eisen für den Bergbau oder die Waage der Justitia für die Rechtswissenschaft. Köhler, AcP 182 (1982), S. 126 (S. 141).

¹²⁸ Köhler, AcP 182 (1982), S. 126 (S. 141).

¹²⁹ Siehe hierzu im Abschnitt C „Automatisierung und Rechtsgeschäft“, Unterabschnitt IV „Zum Wirksamwerden ‚automatisierter Willenserklärungen‘“, „2. Der Zugang der Willenserklärung“: „Sie wirft die Frage auf, welcher Grad an Verständlichkeit gegeben sein muß bzw. welche Anstrengungen dem Empfänger, den Inhalt zu erfassen, zuzumuten sind, um Zugang im Rechtssinne anzunehmen.“ Köhler, AcP 182 (1982), S. 126 (S. 141).

bei differenziert er zwischen sachkundigen Personen, welche die Erklärung gegebenenfalls selbst auf der gleichen technischen Ebene weiterverarbeiten, und zwischen Privatpersonen ohne Sachkunde.¹³⁰ In Bezug auf sachkundige Empfänger wird davon ausgegangen, dass die verwendeten Schlüsselzeichen keine Verständnisprobleme nach sich ziehen. Vielmehr nutzen die Schlüsselzeichen dem sachkundigen Empfänger, um die Rationalisierung von eigenen Arbeitsprozessen weiter voranzutreiben. Bei rechtskundigen Empfängern setzt Köhler somit keine neuen Maßstäbe an. Er ist der Meinung, dass aufseiten des Empfängers die „Verständlichkeit“ von Schlüsselzeichen angenommen werden kann und keine intellektuellen Zugangsprobleme entstehen.

Steht jedoch aufseiten des Empfängers eine unkundige Privatperson, führen Schlüsselzeichen des Öfteren dazu, dass dem privaten Empfänger der Durchblick genommen wird. Folglich ist Köhler in Bezug auf Privatpersonen strenger und erklärt, dass als Maßstab für die Verständlichkeit der Schlüsselzeichen eine entsprechende Anwendung von §§ 2, 5 AGBG¹³¹ gerechtfertigt erscheint.¹³²

¹³⁰ Siehe hierzu im Abschnitt C. „Automatisierung und Rechtsgeschäft“, Unterabschnitt IV „Zum Wirksamwerden „automatisierter Willenserklärungen““, „2. Der Zugang der Willenserklärung“: „Bei der Beantwortung wird man zu differenzieren haben: (1) Ist der Empfänger selbst EDV-Anwender, werden also die eingegangenen Erklärungen EDV-mäßig (meist unter Einsatz von Lesegeräten) weiterverarbeitet, ist gegen die Verwendung von Schlüsselzeichen schon deshalb nichts einzuwenden, weil sie auch im Interesse des Empfängers an rationeller Arbeitserledigung erfolgt. (2) Im Verhältnis zu Privatpersonen sind dagegen strengere Maßstäbe anzulegen.“ Köhler, AcP 182 (1982), S. 126 (S. 141).

¹³¹ § 2 AGBG: „(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrages, wenn der Verwender bei Vertragsabschluss

1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsabschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsabschlusses auf sie hinweist und
 2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen,
- und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

(2) Die Vertragsparteien können für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in Absatz 1 bezeichneten Erfordernisse im Voraus vereinbaren.“

§ 5 AGBG: „Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.“

¹³² Siehe zum Folgenden im Abschnitt C. „Automatisierung und Rechtsgeschäft“, Unterabschnitt IV „Zum Wirksamwerden „automatisierter Willenserklärungen““, „2. Der Zugang der Willenserklärung“: „Als Maßstab können die Vorschriften des AGBG, etwa §§ 2, 5 AGBG zwar nicht unmittelbar herangezogen werden, da es sich bei Schlüsselzeichen und den dazu gegebenen Erläuterungen um keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen handelt. Wohl aber ist eine entsprechende Anwendung gerechtfertigt. Außerdem können unbedenklich die in § 43 HGB und § 37 Abs. 4 VwVfG aufgestellten Anforderungen übernommen werden. [...] Um Zugang einer automatisierten Willenserklärung, die Schlüsselzeichen enthält, annehmen zu können, muß also der Empfänger in zumutbarer Weise von der Bedeutung der Schlüsselzeichen Kenntnis nehmen können. Dies

Nach *Köhler* soll sich diese Vorgehensweise nur auf die Voraussetzungen des Zugangs automatisierter Willenserklärungen auswirken.¹³³ Soweit Schlüsselzeichen verwendet werden, soll entsprechend § 2 AGBG ein (ausdrücklicher) Hinweis erfolgen. Des Weiteren muss es für die Privatperson möglich sein, in zumutbarer Weise von der Bedeutung der Schlüsselzeichen Kenntnis zu erlangen; dies erfordert Übersichtlichkeit und Eindeutigkeit. Soweit Schlüsselzeichen für den Empfänger unverständlich bzw. unklar seien, soll § 5 AGBG entsprechende Anwendung finden; Zweifel gehen zulasten des Erklärenden.¹³⁴ In der Rechtsfolge bedeutet dies nun Folgendes. Soweit bei maschinell hergestellten Erklärungen Schlüsselzeichen zur Inhaltsangabe verwendet werden, gehen diese nur dann einer Privatperson zu, wenn der Inhalt aufgrund von Erläuterungen für sie ohne fremde Hilfe eindeutig und verständlich ist.

Mithin ist für *Köhler* die entsprechende Anwendung von § 5 AGBG keine Frage der Auslegung, sondern eine Frage des Zugangs einer automatisierten Erklärung.¹³⁵ Er möchte erreichen, dass durch die entsprechende Anwendung von §§ 2, 5 AGBG der Erklärende dazu angehalten wird, seine Schlüsselzeichen so abzufassen, dass der Empfänger problemlos von deren Inhalt Kenntnis erlangen kann.¹³⁶ Die in § 5 AGBG verhaftete Unklarheitenregel dient demnach vordergründig nicht der weiteren Erforschung des wirklichen Willens, sondern der Frage, ob von einem wirksamen Rechtsgeschäft gesprochen werden kann. Der Anwendungsbereich liegt für *Köhler* auf der intellektuellen Ebene, um Zugangsprobleme zu vermeiden.

b) Friedmann

In seiner Dissertation „Bildschirmtext und Rechtsgeschäftslehre“¹³⁷ beschäftigte sich *Stefan Friedmann* mit der Frage, ob ein Gesetzgebungswerk aus dem 19. Jahrhundert geeignet ist, die mit der technischen Revolution des 20. Jahrhunderts einhergehenden Probleme, vorliegend die des automatisierten Bildschirm-

setzt voraus, daß die Erklärungen mühelos lesbar, übersichtlich und für einen durchschnittlichen Empfänger verständlich und eindeutig sind. Es kann dem Empfänger nicht angesonnen werden, zur Entschlüsselung Dritte hinzuzuziehen oder beim Erklärenden rückzufragen. Zweifel gehen insoweit zu Lasten des Erklärenden. Unabhängig davon hat freilich der Empfänger von Mitteilungen, Abrechnungen usw. im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses einen Anspruch auf nähere Erläuterung (§ 242 BGB).“ *Köhler*, AcP 182 (1982), S. 126 (S. 141).

¹³³ *Köhler*, AcP 182 (1982), S. 126 (S. 141 f.).

¹³⁴ *Köhler*, AcP 182 (1982), S. 126 (S. 141 f.).

¹³⁵ *Köhler*, AcP 182 (1982), S. 126 (S. 141 f.).

¹³⁶ *Köhler*, AcP 182 (1982), S. 126 (S. 141 f.).

¹³⁷ Zum Folgenden siehe *Friedmann*, Bildschirmtext und Rechtsgeschäftslehre, S. 5, S. 29 ff.

textes (Btx)¹³⁸ zu lösen, oder ob hierzu eine Anpassung des Gesetzes an die „heutigen“ technischen Möglichkeiten erforderlich ist.

Wie Köhler beschäftigt sich Friedmann auch mit Zugangsproblemen intellektueller Art. Er erkennt ebenfalls, dass aufgrund der Verwendung von Schlüsselzeichen in automatisierten Erklärungen Verständnisprobleme auftreten können. Um intellektuellen Zugangsproblemen vorzubeugen, hält auch er eine entsprechende Anwendung von §§ 2, 5 AGBG für angemessen.¹³⁹ Soweit die Bedeutung von Schlüsselzeichen eindeutig feststellbar bzw. herleitbar ist, „wird man den Gebrauch von Schlüsselzeichen [...] tolerieren können“.¹⁴⁰

¹³⁸ Unter dem Begriff Bildschirmtext (Btx) versteht Friedmann ein für jeden als Teilnehmer und Anbieter zur inhaltlichen Nutzung bestimmtes Informations- und Kommunikationssystem, bei dem Informationen und andere Dienste für alle Teilnehmer oder Teilnehmergruppen und Einzelmitteilungen elektronisch zum Abruf gespeichert, unter Benutzung des öffentlichen Fernmeldegesetzes und von Bildschirmvermittlungsstellen oder vergleichbaren technischen Vermittlungseinrichtungen individuell abgerufen und typischerweise auf dem Bildschirm sichtbar gemacht werden. Zur Partizipation am Btx-Verkehr benötigt der Teilnehmer nach Friedmann zunächst einen Telefonanschluss sowie ein Fernsehgerät, welches mit einem Decoder ausgestattet sein musste. In dem Decoder musste die Schriftart der Buchstaben, die Farbmöglichkeit etc. festgelegt werden. Zum damaligen Zeitpunkt musste sodann der Bildschirm mit dem Telefonanschluss verbunden werden. Dies wurde durch ein Modem ermöglicht, welches von der Deutschen Post vermietet wurde. Das Modem wandelte sodann die über die Fernsprechleitung übertragenen analogen Signale in die digitale Elektroniksprache um. Nach kurzer Zeit wurden diese Datensignale dann zu einem Btx-Bild aufgebaut. Auf demselben Weg wurde die Erklärung von dem Btx-Teilnehmer dann zurückgewandelt. Für eine Abfrage von Btx-Informationen wurde zusätzlich eine erweiterte Fernbedienung benötigt, die auch an den Bildschirm angeschlossen werden musste. So Friedmann, Bildschirmtext und Rechtsgeschäftslehre, S. 1, S. 3.

¹³⁹ Siehe hierzu im II. Kapitel „Die Willenserklärung im Btx-Verkehr“ unter dem 3. Abschnitt „Die Abgabe und der Zugang von Willenserklärungen über Btx“ Unterabschnitt B. „Zugangsfragen“ lit. c) „Zugangsprobleme intellektueller Art“: „Intellektuelle Zugangsprobleme können schließlich dadurch auftreten, daß in automatisierten Erklärungen bestimmte Schlüsselzeichen wie Buchstaben, Ziffern, Kürzel, Fachausdrücke und Symbole zur inhaltlichen Kennzeichnung verwendet werden. Hierbei ist zu fragen, welcher Grad an Verständlichkeit gegeben sein muß, respektive welche Anstrengungen dem Empfänger, den Inhalt zu erfassen, zuzumuten sind, um einen Zugang im Rechtsinne zu konstatieren. In entsprechender Anwendung der §§ 2 und 5 AGBG, 239 HGB, 37 Abs. 4 VwVfg wird man den Gebrauch von Schlüsselzeichen dann tolerieren können, wenn ihre Bedeutung im Einzelfall eindeutig feststeht bzw. aus zusätzlichen Erläuterungen, beispielsweise in einem Katalog, unschwer und eindeutig herleitbar ist. Letzteres setzt wiederum voraus, daß wenn wenigstens die gegebenen Erklärungen mühelos lesbar, übersichtlich und für den durchschnittlichen Empfänger verständlich und eindeutig sind.“ Friedmann, Bildschirmtext und Rechtsgeschäftslehre, S. 29 f.

¹⁴⁰ Siehe hierzu im II. Kapitel „Die Willenserklärung im Btx-Verkehr“ unter dem 3. Abschnitt „Die Abgabe und der Zugang von Willenserklärungen über Btx“ Unterabschnitt B. „Zugangsfragen“ lit. c) „Zugangsprobleme intellektueller Art“: „In entsprechender Anwendung der §§ 2 und 5 AGBG, 239 HGB, 37 Abs. 4 VwVfg wird man den Gebrauch von Schlüsselzeichen dann tolerieren können, wenn ihre Bedeutung im Einzelfall eindeutig feststeht bzw. aus zusätzlichen Erläuterungen, beispielsweise in einem

In Bezug auf die Auslegung nimmt *Friedmann* sodann in einem anderen Kapitel Stellung.¹⁴¹ Hierin beschäftigt er sich mit der Auslegung von Btx-Willenserklärungen. Grundsätzlich sollen dabei die bekannten Normen §§ 133, 157 BGB Anwendung finden, allerdings nur, soweit es dem Btx-Teilnehmer vorbehalten bleibt, individuell auf das Geschehen einzuwirken, und es sich nicht um einen zweifelsfreien Erklärungstatbestand handelt.¹⁴² Die Anwendung von §§ 133, 157 BGB stellt dabei allerdings keine Btx-spezifische Besonderheit dar, sondern diese sind die allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätze.¹⁴³

Hinsichtlich der Frage nach dem Anwendungsbereich von § 5 AGBG verbleibt es wie bei *Köhler* auch nach *Friedmann* dabei, dass eine entsprechende Anwendung nur auf die Vermeidung von (intellektuellen) Zugangsproblemen und nicht auf Fragen der Auslegung gerichtet ist. Dies wird bei *Friedmann* besonders deut-

Katalog, unschwer und eindeutig herleitbar ist. [...]“ *Friedmann*, Bildschirmtext und Rechtsgeschäftslehre, S. 29 f.

¹⁴¹ Siehe hierzu im II. Kapitel „Die Willenserklärung im Btx-Verkehr“ unter dem 4. Abschnitt „Die Auslegung von Btx-Willenserklärungen“: „Soweit über Btx Willenserklärungen abgeben werden können, ist vorstellbar, daß diese nicht eindeutig formuliert und deshalb auslegungsbedürftig sind. Die Auslegung von Willenserklärungen erfordert gemäß § 133 BGB, den wirklichen Willen des Erklärenden festzustellen. Ergänzend hat die Auslegung nach § 157 BGB die sachgerechte Erfassung einer Vereinbarung unter Berücksichtigung der zum Ausdruck gebrachten Interessen zum Ziel. Für eine Auslegung ist jedoch dann kein Raum, wenn ein zweifelsfreier Erklärungstatbestand vorliegt. Willenserklärungen über Btx werden auf systemgerechten, standardisierten Bildschirmseiten abgegeben. Eine völlig individuelle Gestaltung in Wort, Schrift und Anordnung ist grundsätzlich ausgeschlossen. Vielmehr wird der Btx-Teilnehmer über die sog. Suchbaumstruktur zu der für seinen Äußerungswunsch maßgeblichen Btx-Seite, die es auszufüllen gilt, geführt und zu einer sachgerechten Ergänzung dieser Seite mittels des Cursors veranlaßt. Anschließend gibt der Rechner des Btx-Anbieters dem Btx-Teilnehmer nochmals Gelegenheit, seine Bestellung oder seinen Überweisungsauftrag zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern oder fallenzulassen. Wenn dement sprechend die Willenserklärung erst im Anschluß an diese die Systemfehler und sonstigen materiellen Unklarheiten bereinigende Prozedur durch den Druck einer bestimmten Taste freigeben und endgültig in die Btx-Anlage des Adressaten übermittelt wird, muß von einem für diesen zweifelsfreien, eine Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB ausschließenden Erklärungstatbestand ausgegangen werden. Dort allerdings, wo der Btx-Teilnehmer seine Leistungsmöglichkeit oder sein Warenangebot beschreibt bzw. völlig individuell gestaltete Nachrichten im elektronischen Briefkasten des Empfänger hinterläßt, sind mißverständliche Willensäußerungen denkbar, deren Auslegungsbedürftigkeit und -fähigkeit nach dem Empfängerhorizont dann aber keine Btx-spezifischen Besonderheiten aufweist.“ *Friedmann*, Bildschirmtext und Rechtsgeschäftslehre, S. 30 f.

¹⁴² Ein zweifelsfreier Erklärungstatbestand liegt für Friedmann vor, wenn der Btx-Teilnehmer auf die für seinen Äußerungswunsch maßgebliche (standardisierte) Btx-Seite geführt wird und diese sodann ausfüllt. Nach dem Ausfüllen gibt der Rechner des Btx-Anbieters nochmal die Möglichkeit zur Kontrolle, bevor im Anschluss die Willenserklärung in die Btx-Anlage des Betreibers übermittelt wird. In solch einem Fall, so Friedmann, muss von einem für diesen zweifelsfreien, eine Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB ausschließenden Erklärungstatbestand ausgegangen werden, vgl. *Friedmann*, Bildschirmtext und Rechtsgeschäftslehre, S. 30 f.

¹⁴³ *Friedmann*, Bildschirmtext und Rechtsgeschäftslehre, S. 30 f.

lich, da er zwischen den intellektuellen Zugangsproblemen und der Auslegung von Btx-Willenserklärungen trennt.

c) Paefgen

In dem 1988 publizierten Aufsatz „Forum: Bildschirmtext – Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre?“¹⁴⁴, welcher auf einer im selben Jahr erschienenen monographischen Studie mit dem Titel „Bildschirmtext aus zivilrechtlicher Sicht: Die elektronische Anbahnung und Abwicklung von Verträgen“¹⁴⁵ beruht, befasst sich *Thomas Christian Paefgen* mit der Frage, ob durch die Einführung von neuen Kommunikationsmitteln eine Neubetrachtung der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre erforderlich sein wird. Er stellt hierfür das neue Kommunikationsmittel des Bildschirmtextes (Btx)¹⁴⁶ vor und zeigt an dieser Stelle die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen auf. Hierbei setzt er sich mit der Anpassungsfähigkeit der Zivilrechtsdogmatik und eventuell notwendigen Modifikationen auseinander.

Sowohl in seinem Aufsatz als auch in seiner monographischen Studie beschäftigt sich *Paefgen* mit dem Zustandekommen und dem Inhalt von rechtsgeschäftlichen Erklärungen mittels Btx bzw. konkret mit Willenserklärungen mittels Btx.¹⁴⁷ In diesem Zusammenhang wird auch die Thematik der Auslegung von Willenserklärungen mittels Btx bzw. automatisierter Btx-Erklärungen aufgegriffen.¹⁴⁸ *Paefgen* ist der Ansicht, dass allein der Einsatz eines Btx-Systems es nicht rechtfertige, an dem erforderlichen Maß an Lesbarkeit, Übersichtlichkeit, Verständlichkeit und Eindeutigkeit der dadurch übermittelten Erklärungen irgendwelche Abstriche zu machen.¹⁴⁹ Vielmehr dürfe der mit der EDV-Unterstützung arbeitende Btx-Anbieter von der Empfängerseite nicht erwarten, dass stets

¹⁴⁴ *Paefgen*, JuS 1988, S. 592.

¹⁴⁵ *Paefgen*, Bildschirmtext aus zivilrechtlicher Sicht: Die elektronische Anbahnung und Abwicklung von Verträgen.

¹⁴⁶ *Paefgen* versteht unter dem Begriff des Bildschirmtextes einen aus der Kombination von drei konventionellen Techniken (Telefon, Fernsehen und Computer) entwickelten Telekommunikationsdienst. Mithin ergeben sich keine Unterschiede zu der Definition von *Friedmann*. *Paefgen*, JuS 1988, S. 592; *Paefgen*, Bildschirmtext aus zivilrechtlicher Sicht: Die elektronische Anbahnung und Abwicklung von Verträgen, S. 4 ff.; *Friedmann*, Bildschirmtext und Rechtsgeschäftslehre, S. 1, S. 3.

¹⁴⁷ Siehe zum Folgenden *Paefgen*, Bildschirmtext aus zivilrechtlicher Sicht: Die elektronische Anbahnung und Abwicklung von Verträgen, S. 24; *Paefgen*, JuS 1988, S. 592 (S. 595).

¹⁴⁸ *Paefgen* nutzt in seinem Aufsatz einmal die Formulierung „Willenserklärungen mittels Btx“ und in seiner monographischen Studie die Bezeichnung „automatisierte Btx-Erklärungen“.

¹⁴⁹ *Paefgen*, Bildschirmtext aus zivilrechtlicher Sicht: Die elektronische Anbahnung und Abwicklung von Verträgen, S. 24.

die erforderlichen intellektuellen Fähigkeiten für die Entschlüsselung abgerufener oder übersandter Informationen vorliegen.¹⁵⁰ Aus diesem Grund sollen nach *Paefgen* Willenserklärungen mittels Btx bzw. automatisierter Btx-Erklärungen anhand des Verständnishorizontes eines durchschnittlichen, aber nicht EDV-ge schulten Btx-Benutzers ausgelegt werden.¹⁵¹ In seiner Monographie differenziert er sodann zwischen dem gewerblichen und nichtgewerblichen Bereich. Im Letzteren ist eine Erklärung, die den vorstehenden Verständnishorizont übersteigt, unwirksam.¹⁵² Auf gewerblicher Ebene dagegen hält *Paefgen* eine derartige Rechtsfolge für zu streng.¹⁵³ Das Interesse im gewerblichen Bereich liege gerade auf einer möglichst rationalen Geschäftsabwicklung auf EDV-Basis, sodass im Falle von Auslegungszweifeln ausnahmslos die für den Btx-Empfänger günstigere Auslegung maßgebend sein sollte.¹⁵⁴

In seinem – auf der Monographie beruhenden – Aufsatz differenziert er so dann allerdings nicht zwischen einem gewerblichen oder nichtgewerblichen Bereich. Vielmehr leitet er in dem Aufsatz den (allgemeinen) Rechtsgedanken ab, dass bei einer systematischen Zusammenschau aus den §§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 5 AGBG, § 239 HGB und § 37 Abs. 4 VwVfG abzuleiten ist, dass Zweifel bezüglich der Auslegung von mit modernen Informations- und Kommunikations-

¹⁵⁰ *Paefgen*, Bildschirmtext aus zivilrechtlicher Sicht: Die elektronische Anbahnung und Abwicklung von Verträgen, S. 24.

¹⁵¹ Im Abschnitt „IV. Die Auslegung automatisierter Btx-Erklärungen“ heißt es: „Das Rationalisierungsinteresse der mit EDV-Unterstützung arbeitenden Btx-Anbieter darf auf der Empfängerseite nicht zu überspannten Anforderungen an die intellektuellen Fähigkeiten führen. Den Verständnishorizont eines durchschnittlichen, aber nicht EDV-ge schulten Btx-Benutzers übersteigende Mitteilungen rechtsgeschäftlichen Inhalts ent falten daher keine Wirksamkeit.“ *Paefgen*, Bildschirmtext aus zivilrechtlicher Sicht: Die elektronische Anbahnung und Abwicklung von Verträgen, S. 24.

¹⁵² Im Abschnitt „IV. Die Auslegung automatisierter Btx-Erklärungen“ heißt es: „Den Verständnishorizont eines durchschnittlichen, aber nicht EDV-ge schulten Btx-Benutzers übersteigende Mitteilungen rechtsgeschäftlichen Inhalts ent falten daher keine Wirksamkeit. Im gewerblichen Bereich sind wegen des konsentierten Interesses an einer möglichst rationellen Geschäftsabwicklung auf EDV-Basis weniger strenge Maßstäbe angebracht.“ *Paefgen*, Bildschirmtext aus zivilrechtlicher Sicht: Die elektronische Anbahnung und Abwicklung von Verträgen, S. 24.

¹⁵³ Im Abschnitt „IV. Die Auslegung automatisierter Btx-Erklärungen“ heißt es: „Im gewerblichen Bereich sind wegen des konsentierten Interesses an einer möglichst rationellen Geschäftsabwicklung auf EDV-Basis weniger strenge Maßstäbe angebracht. In dessen, in Zweifelsfällen ist ausnahmslos die dem Btx-Empfänger günstigere Auslegung maßgebend.“ *Paefgen*, Bildschirmtext aus zivilrechtlicher Sicht: Die elektronische Anbahnung und Abwicklung von Verträgen, S. 24.

¹⁵⁴ Im Abschnitt „IV. Die Auslegung automatisierter Btx-Erklärungen“ heißt es: „Im gewerblichen Bereich sind wegen des konsentierten Interesses an einer möglichst rationellen Geschäftsabwicklung auf EDV-Basis weniger strenge Maßstäbe angebracht. In dessen, in Zweifelsfällen ist ausnahmslos die dem Btx-Empfänger günstigere Auslegung maßgebend.“ *Paefgen*, Bildschirmtext aus zivilrechtlicher Sicht: Die elektronische Anbahnung und Abwicklung von Verträgen, S. 24.

techniken abgegebenen Willenserklärungen zulasten des Verwenders gehen.¹⁵⁵ Er vertritt damit als Erster die Ansicht, dass Willenserklärungen mittels Btx bzw. automatisierte Btx-Erklärungen im Zweifel zulasten des Verwenders ausgelegt werden sollen, und entwickelt insoweit einen neuen Auslegungsgrundsatz.¹⁵⁶ Eine genaue Begründung für sein Vorgehen kann indessen dem Aufsatz nicht entnommen werden, weshalb auf *Paefgens* Begründung aus seiner Monographie zurückgegriffen werden muss.¹⁵⁷ Hierin heißt es, dass wegen des konsentierten Interesses an einer möglichst rationellen Geschäftsabwicklung auf EDV-Basis im Zweifel die dem Btx-Empfänger maßgebliche Auslegung maßgebend sein solle. Eine dogmatische Erläuterung wird hingegen nicht vorgenommen. Ungeachtet dessen legt *Paefgen* mit dem Vorstehenden somit den „Grundstein“ für die darauf aufbauende Meinung, eine Analogie zu § 5 AGBG/§ 305c Abs. 2 BGB zu befürworten.

d) Kommentarliteratur und weitere Literaturstimmen

Im Vorstehenden lag der Schwerpunkt auf Literaturstimmen der 1980er Jahre. Zu besprechen sind weiter die darauf aufbauende Kommentarliteratur, die die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB befürwortet. In der Kommentarliteratur finden sich derartige Ausführungen zumeist in der Kommentierung zu § 133 BGB (Auslegung einer Willenserklärung). In der Kommentierung des Grüneberg-

¹⁵⁵ Unter dem Punkt 4. „Auslegung“ heißt es: „Im Anschluss an *Köhler* wird man bei einer systematischen Zusammenschau aus den § 2 I Nr. 2, 5 AGBG, § 239 HGB und § 37 IV VwVfG den allgemeinen Rechtsgedanken ableiten können, daß *Zweifel* bezüglich der Auslegung von mit modernen Information- und Kommunikationstechniken abgegebenen Willenserklärungen *zulasten des Verwenders* gehen.“ *Paefgen*, JuS 1988, S. 592 (S. 595).

¹⁵⁶ „Im Anschluss an *Köhler* wird man bei einer systematischen Zusammenschau aus den § 2 I Nr. 2, 5 AGBG, § 239 HGB und § 37 IV VwVfG den allgemeinen Rechtsgedanken ableiten können, daß *Zweifel* bezüglich der Auslegung von mit modernen Information- und Kommunikationstechniken abgegebenen Willenserklärungen *zulasten des Verwenders* gehen.“ *Paefgen* verweist an dieser Stelle insbesondere auf *Friedmann*, Bildschirmtext und allgemeine Rechtsgeschäftslehre, S. 30 f.; *Paefgen*, JuS 1988, S. 592 (S. 595).

¹⁵⁷ Der Abschnitt „IV. Auslegung automatisierter Btx-Erklärungen“ lautet wie folgt: „Der Einsatz des Btx-Systems rechtfertigt es nicht, an dem erforderlichen Maß an Lesbarkeit, Übersichtlichkeit, Verständlichkeit und Eindeutigkeit der dadurch übermittelten Erklärungen irgendwelche Abstriche zu machen. Das Rationalisierungsinteresse der mit EDV-Unterstützung arbeitenden Btx-Anbieter darf auf der Empfängerseite nicht zu überspannten Anforderungen an die intellektuellen Fähigkeiten bei der Entschlüsselung abgerufener oder übersandter Informationen führen. Den Verständnishorizont eines durchschnittlichen, aber nicht EDV-geschulten Btx-Benutzers übersteigende Mitteilungen rechtsgeschäftlichen Inhalts entfalten daher keine Wirksamkeit. Im gewerblichen Bereich sind wegen des konsentierten Interesses an einer möglichst rationellen Geschäftsabwicklung auf EDV-Basis weniger strenge Maßstäbe angebracht. Indessen, in Zweifelsfällen ist ausnahmslos die dem Btx-Empfänger günstigere Auslegung maßgebend.“ *Paefgen*, Bildschirmtext aus zivilrechtlicher Sicht: Die elektronische Anbahnung und Abwicklung von Verträgen, S. 24.

Kommentars heißt es bspw. unter Verweis auf *Paefgen* als Quelle: „Der Grundsatz, dass Unklarheiten im Zweifel zu Lasten des Verwenders der formularmäßigen Erklärung gehen, gilt für AGB (§ 305c Abs. 2 BGB). Er ist entsprechend anwendbar, wenn eine Willenserklärung mittels moderner Kommunikationstechnik abgegeben wird.“¹⁵⁸ Dieser Kommentierung schließen sich sodann unter anderem der Münchener Kommentar¹⁵⁹, der Staudinger,¹⁶⁰ der Nomos-BGB-Kommentar¹⁶¹ sowie der BeckOnline-Großkommentar¹⁶² an. Auffällig ist, dass als sogenannte „Ur-Quelle“ stets auf *Paefgen* verwiesen wird.¹⁶³ Im *Soergel*-Kommentar finden sich dagegen noch keine Ausführungen zu einer Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB.¹⁶⁴

Über die Kommentarliteratur hinaus beschäftigen sich noch weitere Stimmen in der Literatur mit der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB. An dieser Stelle sollen beispielhaft die Aufsätze von *David Paulus*¹⁶⁵ und *Alexander Wilhelm*¹⁶⁶ aufgeführt werden, da in diesen bereits von einer „herrschenden Meinung“ die Rede ist, § 305c Abs. 2 BGB analog auf automatisierte Willenserklärungen anzuwenden.

Paulus beschäftigt sich in seinem Aufsatz „Die automatisierte Willenserklärung“¹⁶⁷ mit Besonderheiten von automatisierten Willenserklärungen sowie deren rechtlicher Zulässigkeit. Dabei spricht er davon, dass „die herrschende Meinung auch die AGB-rechtliche Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB analog

¹⁵⁸ Grüneberg/*Ellenberger*, § 133 Rn. 26a.

¹⁵⁹ „Die Regelung des § 305c Abs. 2 ist entsprechend auf automatisierte Willenserklärungen anzuwenden, die sich wie AGB regelmäßig an einen unbestimmten Kreis potenzieller Kunden richten.“ MüKoBGB/*Busche*, § 133 Rn. 29.

¹⁶⁰ „Die Norm [des § 305c Abs. 2 BGB] kann daher zwar analog angewendet werden, wenn vergleichbare Bedingungen struktureller Überlegenheit herrschen und der Vertragstext von dem überlegenen Vertragspartner entworfen wurde (Bsp. Wettbewerbsverbot für Angestellte; automatisierte Willenserklärungen).“ StaudingerBGB/*Herrler*, § 133 Rn. 63.

¹⁶¹ „Bleiben nach Ausschöpfung aller dem Empfänger zumutbaren Erkenntnismöglichkeiten Zweifel, so ist § 305c Abs. 2 analog anzuwenden.“ NK-BGB/*Looschelders*, § 133 Rn. 89.

¹⁶² „Automatisierte Erklärungen sollen den gleichen Auslegungsregeln unterliegen wie vorformulierte Erklärungen und Allgemeine Geschäftsbedingungen; insbesondere soll die Regelung des § 305c Abs. 2 entsprechend Anwendung finden.“ BeckOGK BGB/*Möslein*, § 133 Rn. 93.

¹⁶³ Siehe Grüneberg/*Ellenberger*, § 133 Rn. 23, 26a; MüKoBGB/*Busche*, § 133 Rn. 29; StaudingerBGB/*Herrler*, § 133 Rn. 63; NK-BGB/*Looschelders*, § 133 Rn. 89; BeckOGK BGB/*Möslein*, § 133 Rn. 93.

¹⁶⁴ Siehe hierzu *Soergel/Teichmann*, § 133 Rn. 31 ff.; *Soergel/Fritzsche*, § 305c Rn. 35 ff. Es wird nur Stellung genommen zu den besonderen Auslegungsregeln von AGB.

¹⁶⁵ *Paulus*, JuS 2019, S. 960–965.

¹⁶⁶ *Wilhelm*, WM 2020, S. 1849–1896.

¹⁶⁷ *Paulus*, Jus 2019, S. 960–965.

auf automatisierte Willenserklärungen an[wendet]“.¹⁶⁸ Auch *Paulus* verweist hier wiederum auf *Paefgen*.¹⁶⁹

Wilhelm befasst sich dagegen in seinem Beitrag „Smart Contracts im Zivilrecht – Teil II“¹⁷⁰ mit dem konkreten Vertragsschluss sowie der AGB-rechtlichen Bewertung von Smart Contracts im Zivilrecht. Im Zusammenhang mit der Auslegung spricht er davon, dass, soweit sämtliche Erkenntnisquellen erschöpft sind, verbleibende (Rest-)Zweifel analog § 305c Abs. 2 BGB zulasten des jeweils Erklärenden gehen.¹⁷¹ In der Fußnote deklariert er diese Ansicht als herrschende Meinung und verweist auf den Münchener Kommentar.¹⁷² Der Münchener Kommentar verweist wiederum auf *Paefgen*.¹⁷³

e) Zusammenfassung

In der Zusammenschau der einzelnen Literaturstimmen ist *Paefgen* der Einzige, der im Rahmen der Auslegung von automatisierten Willenserklärungen die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB konkret herausarbeitet und befürwortet. Die ihm vorangehenden Ausführungen von *Köhler* und *Friedmann* beschäftigen sich zwar auch mit einer entsprechenden Anwendung der Unklarheitenregel, jedoch beschränken sie sich hierbei auf Fragen der intellektuellen Zugangsprobleme. Erst auf *Paefgen* geht der Gedanke zurück, dass eine Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB im vorstehenden Rahmen zu befürworten ist.

Die sich darauf aufbauende Kommentarliteratur hat gemeinsam, dass sie im Grunde jeweils auf die gleichen Quellen (*Paefgen*, Münchener Kommentar, Nomos-Kommentar und Grüneberg) verweisen. Eine (eigene) Argumentation oder gar kritische Erwägungen gegenüber der Ansicht *Paefgens* werden nicht deutlich. Dies ist ebenso bei den ausgewählten Aufsätzen der Fall. Es wird ohne eine weitere juristische Auseinandersetzung auf eine herrschende Meinung verwiesen, ohne hierfür Argumente anzuführen bzw. hierzu eigene Überlegungen vorzunehmen.

3. Untersuchung des Lösungsansatzes

a) Allgemein: Analogie

Die Analogie ist eine anerkannte Methode der Rechtsfortbildung.¹⁷⁴ Sie ermöglicht es, die Rechtsfolgen einer Norm kraft ihrer Tatbestandsvoraussetzungen

¹⁶⁸ *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 964).

¹⁶⁹ Siehe hierzu die Fußnote Nr. 51 in *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 964).

¹⁷⁰ *Wilhelm*, WM 2020, S. 1849–1896.

¹⁷¹ *Wilhelm*, WM 2020, S. 1849 (S. 1851).

¹⁷² Siehe hierzu die Fußnote Nr. 160 in *Wilhelm*, WM 2020, S. 1849 (S. 1851).

¹⁷³ Siehe Fußnote Nr. 115 in MüKoBGB/*Busche*, § 133 Rn. 29.

¹⁷⁴ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 193 ff.; *Gast*, Juristische Rhetorik, Rn. 1051 ff.; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 555 ff.

auf einen anderen – nicht geregelten, aber vergleichbaren – Fall zu übertragen.¹⁷⁵ Dies gründet auf dem Gleichbehandlungsanspruch des Rechts.¹⁷⁶ Damit eine Analogie angenommen werden kann, ist das Vorliegen einer Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenlage erforderlich.¹⁷⁷

aa) Regelungslücke

Bereits die erste Voraussetzung – die Regelungslücke – ist nicht einfach abzuhandeln. Die Frage, was überhaupt unter einer Lücke zu verstehen ist, war und ist Gegenstand vieler juristischer Publikationen. Eine eigene Stellungnahme soll sich dem nicht noch anschließen. Vielmehr soll auf aussagekräftige Werke zurückgegriffen werden, um sodann einschlägige Ansichten der anschließenden Untersuchung zu unterwerfen.

Die Frage, was unter einer Lücke zu verstehen ist, wird in verschiedenen Publikationen zumeist damit eingeleitet, sich bildlich den Begriff der Lücke zu verdeutlichen.¹⁷⁸ Als Beispiel hierfür dient oft das Bild einer Lücke in einem Zaun.¹⁷⁹ Nach diesem Vergleich stellt eine Lücke eine unbefriedigende Unvollständigkeit innerhalb eines Ganzen dar.¹⁸⁰ In juristischer Hinsicht muss diese Aussage allerdings noch weiter konkretisiert werden, indem von dem „Rechtsganzen/Recht“ gesprochen wird. Was wiederum unter dem Begriff des „Rechtsganzen/Rechts“ zu verstehen ist, kann unterschiedlich beurteilt werden. Zum einen kann damit lediglich das geschriebene Gesetzesrecht gemeint sein, das positive Recht einer Rechtsordnung.¹⁸¹ Auf der anderen Seite können mit dem Begriff des „Rechtsganzen/Rechts“ alle geschriebenen Gesetze, aber auch ungeschriebene Rechtsgrundsätze und damit auch das Gewohnheitsrecht gemeint sein.¹⁸² Weil die Arbeit nicht die Analogievoraussetzungen als solche zum Gegenstand hat, soll nachfolgend unter dem Begriff des „Rechtsganzen/Rechts“ das

¹⁷⁵ *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 555; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 202.

¹⁷⁶ *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 555; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 202.

¹⁷⁷ Siehe bspw. BGHZ 105, S. 140 (S. 143); BGHZ 149, S. 165 (S. 174); BGHZ 170, S. 187 (S. 191); NJW 2003, S. 1932 (S. 1933); BGH NJW 2003, S. 2601 (S. 2603).

¹⁷⁸ Siehe bspw. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 194; *Elze*, Lücken im Gesetz, S. 3 ff.; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 19.

¹⁷⁹ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 194; *Elze*, Lücken im Gesetz, S. 3 ff.; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 19.

¹⁸⁰ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 194; *Elze*, Lücken im Gesetz, S. 3 ff.

¹⁸¹ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 194; *Elze*, Lücken im Gesetz, S. 3 ff.

¹⁸² Vgl. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 30; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 195.

geschriebene Gesetzesrecht verstanden werden. Damit bedeutet der Begriff der Regelungslücke so viel wie Gesetzeslücke.¹⁸³

Ungeklärt bleibt dennoch, wie sich eine Gesetzeslücke/Regelungslücke rechtlich definiert. *Canaris* definiert die Lücke als eine planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts (d.h. des Gesetzes innerhalb der Grenzen seines möglichen Wortsinnes und des Gewohnheitsrechts).¹⁸⁴ Diesem Wortlaut gleicht die zeitlich früher entwickelte Definition von *Elze*, welcher jedoch unter dem Begriff des Rechts das positive Recht und damit das Gesetz versteht.¹⁸⁵ *Elze* zählt dabei als der „Begründer“ des Ausdrucks *planwidrige Unvollständigkeit*.¹⁸⁶ Ausführlicher definiert *Engisch* den Begriff der Lücke, indem er diese als Mängel des positiven Rechts (des Gesetzes- oder des Gewohnheitsrechts) definiert, die als Fehlen rechtlicher Regelungsinhalte dort, wo sie für bestimmte Sachverhalte erwartet sind, spürbar werden und die Behebung durch eine rechtsergänzende richterliche Entscheidung fordern und zulassen.¹⁸⁷ Nach Ansicht des BGH handelt es sich bei einer Gesetzeslücke um eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, welche anhand der dem Gesetz zugrunde liegenden Regelungsabsicht zu beurteilen ist.¹⁸⁸ Nach Auffassung des BGH muss das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, unvollständig sein.¹⁸⁹ Da sich die Definitionen im Wesentlichen ähneln, soll im Folgenden die Regelungslücke als eine planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts (Gesetzesrecht) verstanden werden.

(1) Unvollständigkeit

Soweit diese Definition den folgenden Ausführungen zugrunde gelegt wird, erfordert dies erneut eine Definition der Begriffe „Unvollständigkeit“ und „Planwidrigkeit“. Um den Umfang der Arbeit nicht auszufern zu lassen und damit den Schwerpunkt zu verpassen, soll der Begriff der Unvollständigkeit anhand einer Ansicht kurz ausgeführt werden. Überzeugend und nachvollziehbar erscheinen insoweit die Ausführungen von *Elze*.¹⁹⁰ Dieser nimmt eine umfassende Beurteilung des Begriffes der Unvollständigkeit vor. Hierbei kommt er zu dem Ergebnis, dass es sich bei einer Unvollständigkeit um das Fehlen einer Verbindung eines Tatbestandes mit einer Rechtsfolge innerhalb des Gesetzes handelt oder kurz: das Fehlen eines Rechtssatzes innerhalb des Gesetzes.¹⁹¹

¹⁸³ Vgl. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 195.

¹⁸⁴ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 30, 39; dieser Definition sich anschließend unter anderem *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 214.

¹⁸⁵ *Elze*, Lücken im Gesetz, S. 6, S. 12.

¹⁸⁶ *Elze*, Lücken im Gesetz, S. 6, S. 12; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 214.

¹⁸⁷ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 197.

¹⁸⁸ Siehe bspw. BGHZ 149, S. 165; BGH NJW 1981, S. 1726.

¹⁸⁹ Siehe bspw. BGHZ 149, S. 165; BGH NJW 1981, S. 1726.

¹⁹⁰ *Elze*, Lücken im Gesetz, S. 12 ff.

¹⁹¹ *Elze*, Lücken im Gesetz, S. 12 ff.

(2) Planwidrigkeit

Wie im Obigen herausgearbeitet wurde, kann eine Regelungslücke nicht allein deshalb angenommen werden, weil es schlicht an einem Rechtssatz innerhalb des Gesetzes fehlt.¹⁹² Sie ist nur gegeben, wenn es sich um eine *planwidrige* Unvollständigkeit handelt.¹⁹³ Hierfür muss der dem Gesetz zugrunde liegende Regelungsplan im Wege der historischen und teleologischen Auslegung ermittelt werden.¹⁹⁴ Von einer *planmäßigen* Unvollständigkeit wird gesprochen, wenn der Gesetzgeber bewusst keine Regelung treffen wollte bzw. für den fraglichen Fall keine Regelung eintreten sollte. Es ist von einem „beredten Schweigen des Gesetzgebers“ die Rede.¹⁹⁵

Um das Element der „Planwidrigkeit“ im Einzelfall annehmen zu können, bedarf es der Kenntnis des gesetzgeberischen Plans bzw. der Kenntnis der Regelungsabsicht.¹⁹⁶ Zur Bestimmung kann die Historie im Allgemeinen, aber auch die konkret für den Einzelfall zur Verfügung stehenden Motive und Entwürfe der Gesetzesnorm herangezogen werden. Mithilfe einer historischen Betrachtung der Regelung kann sodann eine weitere Einteilung vorgenommen werden: Je nach Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers und inwieweit dieser in diesem Rahmen eine rechtliche Frage erkannt hat oder nicht, wird von einer bewussten oder unbewussten Lücke gesprochen;¹⁹⁷ je nachdem, ob eine Lücke schon bei Erlass des Gesetzes vorlag oder erst durch technische, soziale oder rechtliche Veränderungen entstanden ist, wird zwischen einer anfänglichen und einer nachträglichen Lücke unterschieden.¹⁹⁸

bb) Wertungsgleichheit der Sachverhalte

Vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsanspruchs des Rechts müssen geregelter und nichtgeregelter Sachverhalt vergleichbar, d.h. wertungsgleich

¹⁹² BVerfGE 116, S. 69 (S. 83); BGHZ 125, S. 218 (S. 223); 155, S. 380 (S. 389); NVWZ 2017, S. 617 (S. 618); Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 198; Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 199 ff.; Grüneberg/Grüneberg, Einleitung Rn. 55.

¹⁹³ BGHZ 65, S. 300, NJW 1981, S. 1726; 1988, S. 2109; 2007, S. 993; eingehend zum Moment der „Planwidrigkeit“ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 31 ff.

¹⁹⁴ Grüneberg/Grüneberg, Einleitung Rn. 55.

¹⁹⁵ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 39; Grüneberg/Grüneberg, Einleitung Rn. 55; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 568 ff.; Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 214 ff.

¹⁹⁶ Elze, Lücken im Gesetz, S. 23 ff.; Grüneberg/Grüneberg, Einleitung Rn. 55; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 568 ff.; Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 214 ff.

¹⁹⁷ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 134 ff., S. 200 f.; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 568 ff.; Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 214 ff.

¹⁹⁸ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 135 ff., S. 200 f.; Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 571 ff.; Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 214 ff.

sein.¹⁹⁹ Inwieweit die Sachverhalte als wertungsgleich anzusehen sind, muss grundsätzlich vom Blickwinkel des Gesetzgebers aus beurteilt werden.²⁰⁰ Deswegen gilt es in einem ersten Schritt zu ermitteln, welche Tatbestandsmerkmale sowie welchen Zweck die analog anzuwendende Norm hat. In einem nächsten Schritt müssen die Merkmale und die Interessenlage des zu entscheidenden Sachverhalts herausgearbeitet werden, bevor in einem letzten Schritt die kennzeichnenden Elemente der beiden Sachverhalte miteinander verglichen werden. Soweit der Vergleich ergibt, dass in maßgeblichen Aspekten keine wesentlichen Unterschiede bestehen, so kann eine Wertungsgleichheit bzw. vergleichbare Interessenlage angenommen und die Norm analog angewandt werden.²⁰¹

b) Zulässigkeit der Analogie vor dem Hintergrund der Historie

Nachdem die allgemeinen Voraussetzungen der Analogie besprochen wurden, soll deren Vorliegen nun anhand des konkreten Falles überprüft werden. Die Prüfung, ob die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB zulässig erscheint, soll insbesondere vor dem Hintergrund der Historie vorgenommen werden. Von besonderer Bedeutung erscheint die ablehnende Haltung des Gesetzgebers, eine allgemeine Unklarheitenregel in das BGB aufzunehmen²⁰² bzw. der legislatorische Wille, die in § 305c Abs. 2 BGB kodifizierte Unklarheitenregel nur für den Bereich von AGB gelten zu lassen. Die Prüfung erfolgt in einem Drei-Schritt. Den Anfang bildet der Abschnitt zur Unvollständigkeit des Gesetzes. Inhaltlich soll bereits in diesem und nicht erst im Abschnitt der „Planwidrigkeit“ die gesetzliche Regelungsabsicht aufgearbeitet werden. Dies fußt auf dem Gedanken, dass das Fehlen eines Rechtssatzes innerhalb eines Gesetzes nur festgestellt werden kann, wenn Kenntnis darüber besteht, was der Gesetzgeber regeln wollte. Diese Kenntnis soll mithilfe einer historischen Betrachtung der Unklarheitenregel und der damit verbundenen Regelungsabsicht des Gesetzgebers ermöglicht werden. Daran schließt sich der Abschnitt zur Planwidrigkeit. Den Schluss bildet die Analyse hinsichtlich der vergleichbaren Interessenlage.

aa) Unvollständigkeit des Gesetzes

(1) Regelungsabsicht des Gesetzgebers

Die Rechtsgeschichte zeigt, dass nicht der deutsche Gesetzgeber die Unklarheitenregel, welche heute in § 305c Abs. 2 BGB kodifiziert ist, „erfand“, son-

¹⁹⁹ BVerfGE 132, S. 99 (S. 129); *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 555; *Lorenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 202.

²⁰⁰ *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 577 ff.

²⁰¹ *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 577 ff.

²⁰² Siehe *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

dern die Wurzeln der heutigen Unklarheitenregel bis ins römische Recht zurückreichen.²⁰³ Um ein Gespür für den ursprünglichen Anwendungsbereich und auch Regelungszweck der (allgemeinen) Unklarheitenregel zu erlangen, soll deswegen die historische Entwicklung aufgearbeitet werden.

Das Kapitel zur Regelungsabsicht wird in unterschiedliche Zeitabschnitte aufgeteilt. Begonnen wird mit der historischen Entwicklung der (allgemeinen) Unklarheitenregel im Rahmen der Auslegung vom antiken Rom bis ins 20. Jahrhundert. Im Anschluss daran wird die Entscheidung des BGB-Gesetzgebers zur Nichtkodifikation aufgearbeitet, bevor danach auf die historische Entwicklung der Unklarheitenregel im AGB-Recht eingegangen wird. Im ersten Unterabschnitt erfolgt eine Vorstellung der zu der jeweiligen Zeit relevanten Unklarheitenregeln. Im zweiten Unterabschnitt liegt der Fokus auf der Entstehung des BGB und der damit einhergehenden Nichtkodifikation einer allgemeinen Unklarheitenregel. Den letzten Teil bildet die historische Entwicklung der Unklarheitenregel im AGB-Recht – hier insbesondere, wie die heutige Norm des § 305c Abs. 2 BGB „erarbeitet“ wurde.

(a) Historische Entwicklung der (allgemeinen) Unklarheitenregel im Rahmen der Auslegung vom antiken Rom bis ins 20. Jahrhundert

(aa) Römisches Recht: *ambiguitas contra stipulatorem;*
ambiguum pactum contra venditorem et locatorem

Die Untersuchung beginnt mit zwei bedeutenden Auslegungsmaximen des römischen Rechts: *ambiguitas contra stipulatorem* und *ambiguum pactum contra venditorem et locatorem*. Zeitlich sind diese im klassischen römischen (Juristen-) Recht zu verorten,²⁰⁴ eine genauere Einordnung soll in den Abschnitten zu den jeweiligen Auslegungsmaximen erfolgen. Erläutert werden in diesem Zusammenhang der jeweilige Anwendungsbereich sowie die einschlägigen Digestenstellen, aus welchen die Auslegungsmaximen hervorgehen. Darüber hinaus wird auch die praktische Bedeutung der Auslegungsmaximen herausgearbeitet.

²⁰³ Siehe bspw. Jansen/Zimmermann/Vogenauer, *Commentaries on European Contract Laws*, S. 772–774; Behrends, FS G. Otte, 2005, S. 457 ff.; Krampe, *Die Unklarheitenregel*, S. 11.

²⁰⁴ Siehe zur zeitlichen Einordnung Wacke, JA 1981, S. 666; Kaser/Knittel/Lohsse, *RömPrivatR*, § 18 Rn. 12; Krampe, *Die Unklarheitenregel*, S. 11 ff.; Honsell, FG Max Kaser, 1986, S. 73 ff.; Behrends, FS G. Otte, 2005, S. 458; neben diesen bietet Kosche in seinem Werk „Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law“ eine vergleichbare Aufarbeitung der geschichtlichen Entwicklung dieser Auslegungsmaxime, S. 35 ff.

(a) Ambiguitas contra stipulatorem

Der erste nachweisbare „Verkünder“²⁰⁵ der Auslegungsmaxime *ambiguitas contra stipulatorem* ist der hochklassische römische Jurist *Publius Iuventius Celsus*.²⁰⁶ Vor diesem Hintergrund wird sie auch als celsinische Unklarheitenregel bezeichnet.²⁰⁷ Zeitlich kann die Auslegungsmaxime im Zeitalter der Hochklassik und damit in der ersten Hälfte des 2. Jahrhunderts nach Christus verortet werden.²⁰⁸ Die nachfolgenden Digestenfragmente der Spätantike unter *Justinian* tragen folglich nur das klassisch-römische (Juristen-)Recht der Hochklassik bzw. die Jurisprudenz der Rechtsgelehrten des klassisch-römischen Rechts zusammen.²⁰⁹ Erst nachdem diese klassischen Rechtstexte unter *Justinian* gesammelt und in das *justinianische Gesamtrechtswerk* übernommen wurden, stattete *Justinian* diese mit Gesetzeskraft aus.²¹⁰

Das für die Auslegungsmaxime *ambiguitas contra stipulatorem* maßgebliche Digestenfragment lautet:²¹¹

Cels. 26 dig. D. 34.5.26 (27)

Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est.

Wird bei einer Stipulation gefragt, was gemeint ist, so geht jede Mehrdeutigkeit zu Lasten des Stipulationsgläubigers.²¹²

Später wurde die Maxime auch in der folgenden Digestenstelle aufgegriffen bzw. wiedergegeben:²¹³

Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.18

In stipulationibus cum quaeritur; quid actum sit, verba contra stipulatorem interpre-tanda sunt.

Wenn bei Stipulationen fraglich ist, was gemeint ist, sind die Worte gegen den Versprechensempfänger auszulegen.²¹⁴

²⁰⁵ *Troje*, *Ambiguitas contra stipulatorem*, S. 128; *Krampe*, SZ 1983, S. 199; *Kaser/Knütel/Lohsse*, RömPrivatR, § 18 Rn. 12.

²⁰⁶ *Wacke*, JA 1981, S. 666; *Kaser/Knütel/Lohsse*, RömPrivatR, § 18 Rn. 12; *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 11 ff.; *Honsell*, FG Max Kaser, 1986, S. 73 ff.; *Behrends*, FS G. Otte, 2005, S. 458.

²⁰⁷ *Wacke*, JA 1981, S. 666; *Kaser/Knütel/Lohsse*, RömPrivatR, § 18 Rn. 12; *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 12.

²⁰⁸ *Wacke*, JA 1981, S. 666; *Kaser/Knütel/Lohsse*, RömPrivatR, § 18 Rn. 12; *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 11 ff.; *Honsell*, FG Max Kaser, 1986, S. 73 ff.; *Behrends*, FS G. Otte, 2005, S. 458.

²⁰⁹ *Kaser*, Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, S. 117 f.

²¹⁰ *Kaser*, Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, S. 117 f.

²¹¹ So *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 12; *Krampe*, SZ 1983, S. 185.

²¹² Zur Übersetzung siehe *Knütel/Kupisch/Rüfner/Seiler/Rüfner*, D. 34.5.26 (27).

²¹³ So *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 12.

²¹⁴ Zur Übersetzung vgl. *Watson* D. 45.1.38.18.

Jedoch besteht insoweit Einigkeit, als dass die vom Spätklassiker *Ulpian*²¹⁵ stammende Quelle von der des hochklassischen römischen Juristen *Celsus*²¹⁶ herzuröhren scheint;²¹⁷ die Vermutung liegt nahe, dass die *Celsus*-Stelle als Vorlage gedient hat.²¹⁸ Die Frage nach dem genauen Ursprung der Regel soll nachfolgend aber keinen Teil der Untersuchung darstellen.

Zur Einordnung des rechtlichen Inhalts sowie der praktischen Bedeutung der Auslegungsregel *ambiguitas contra stipulatorem* steht im Vorfeld eine Erläuterung der einschlägigen Begrifflichkeiten: Ein *stipulator* (Versprechensempfänger) war der Gläubiger einer *stipulatio* (Stipulation), eines verbalen Schuldversprechens, welches aus einer Frage- und Antwortform hervorging.²¹⁹ Der *stipulator* richtete seine Frage auf ein Leistungsversprechen gegen den *promissor* (Schuldner), woraufhin dieser auf die formulierte Frage mit übereinstimmenden Ausdrücken antwortete.²²⁰ Für die Gültigkeit einer Stipulation war erforderlich, dass beide Parteien gleichzeitig körperlich anwesend waren und die Frage mit übereinstimmenden Ausdrücken beantwortet wurde. Das in der Frage verwendete Verb, welches sich regelmäßig auf das Versprechen bezog, musste in der Antwort des *promissor* wieder aufgenommen werden.²²¹

Deutlich wird, dass die Stipulation somit an eine bestimmte Form des Vertragsabschlusses gebunden war (Frage- und Antwortform). Hieraus resultiert aber nicht, dass die Stipulation an einen bestimmten vertraglichen Inhalt gebunden wurde. Vielmehr konnte mithilfe der Stipulation ein jeder vertragliche Inhalt bestimmt werden. Eine Beschränkung etwa auf reine Kaufgeschäfte war gerade

²¹⁵ Dominius Ulpianus lebte im Zeitalter der Spätklassik, welche von circa 180 bis 235 n. Chr. reicht. Kunkel/Schermaier, Römische Rechtsgeschichte, § 7 S. 160 ff.

²¹⁶ Publius Iuuentius Celsus lebte im Zeitalter der Hochklassik, welche etwa einen Zeitraum von 96 bis 180 n. Chr. umfasst. Kunkel/Schermaier, Römische Rechtsgeschichte, § 7 S. 154 ff.

²¹⁷ Wacke, JA 1981, S. 666; Kaser/Knütel/Lohsse, RömPrivatR, § 18 Rn. 12; Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 11 ff.; Honsell, FG Max Kaser, 1986, S. 73 ff.; Behrends, FS G. Otte, 2005, S. 458; Troje, Ambiguitas contra stipulatorem, S. 145 f., S. 151, S. 154; m. w. N. Krampe, SZ 1983, S. 186.

²¹⁸ So Krampe, SZ 1983, S. 186.

²¹⁹ Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, S. 279; Kaser/Knütel/Lohsse, Röm-PrivatR, § 17 Rn. 20 f.

²²⁰ Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, S. 279; Kaser/Knütel/Lohsse, Röm-PrivatR, § 17 Rn. 20 f.

²²¹ Beispiel: Der Gläubiger fragt den Schuldner: „*Spondesne mihi centum milia sestertiorum dare?*“ („Versprichst du mir, 100.000 Sesterzen zu geben?“). Daraufhin antwortet der Schuldner „*Spondeo*“ („Ich verspreche es“). Folglich greift der Schuldner das vom Gläubiger gewählte Verb *spondere* auf, um seine Antwort auf die vorangegangene Frage zu formulieren. Kaser/Knütel/Lohsse, RömPrivatR, § 17 Rn. 20 f.; Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 12; siehe auch Wacke, JA 1981, S. 666; Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, S. 279.

nicht vorgesehen. Der Anwendungsbereich war vielmehr jeglichen Rechtsgeschäften eröffnet; lediglich die Form der Stipulation in der Frage-und-Antwort-Gestalt musste eingehalten werden. Die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeit konnte insoweit frei vom Stipulator gewählt werden, wogegen die Gestaltungsmöglichkeiten des *promissor* sehr gering waren – entweder, er war vorbehaltlos einverstanden, oder er beantwortete die Stipulationsfrage nicht. In Bezug auf die für die Stipulation geltende Unklarheitenregel *ambiguitas contra stipulatorem* wurde somit daran angeknüpft, wie mit unklaren Stipulationsbedingungen zu verfahren bzw. wie die Auslegung einer Stipulation im Falle von Unklarheiten zu vollziehen sei.²²²

Neben den Begrifflichkeiten und dem Anwendungsbereich gilt es zudem die Motive für die Aufstellung der Unklarheitenregel *ambiguitas contra stipulatorem* herauszuarbeiten. Als Ausgangspunkt hierfür kann eine *Celsus*-Stelle herangezogen werden:²²³

Cels. 38 dig. D. 45.1.99pr.

Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est: ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere. Nec rursum promissor ferendus est, si eius intererit de certis potius vasis forte aut hominibus actum.

Es wird davon ausgegangen, dass alles, was eine Verpflichtung belastender machen würde, weggelassen wird, es sei denn, es ist ausdrücklich ausgedrückt, und wir interpretieren normalerweise zugunsten des Versprechenden, weil der Bedingende seine Worte im Großen und Ganzen frei wählen konnte. Darüber hinaus gilt dies auch nicht für den Versprechenden, denn der Stipulator hatte die Freiheit, seine Worte frei zu wählen. Auch darf der Versprechende nicht als Schuldner eingetragen werden, wenn es in seinem Interesse liegt, für bestimmte Güter, beispielsweise Vasen oder Sklaven, verklagt zu werden.²²⁴

Celsus argumentiert, dass der Stipulator die Möglichkeit hatte, den Wortlaut umfassend zu formulieren. Das Motiv für die Auslegung gegen den Stipulator kann somit in seiner besonderen Stellung gesehen werden. Allein ihm stand es

²²² Siehe hierzu *Behrends*, FS G. Otte, 2005, S. 457ff.; HKK-BGB/*Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 16; *Honsell*, FG Max Kaser, 1986, S. 73 ff.; *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 12; *Krampe*, SZ 1983, S. 185; *Wacke*, JA 1981, S. 666; *Troje*, Ambiguitas contra stipulatorem, S. 93 ff.

²²³ Vgl. *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 12.

²²⁴ Englische Übersetzung: Whatever would make an obligation more burdensome is assumed to be omitted unless it is express, and we usually construe in favor of the promisor, because the stipulator was free to chose his words at large. Nor, furthermore, is the promisor, because the stipulator was free to chose his words at large. Nor, furthermore, is the promisor to be entered up as a debtor, if it would be in his interest rather to be sued for certain goods, for examples, vases or slaves. *Watson/Hart/Lewis/Beinart*, D. 45.1.99pr.

zu, das Schuldversprechen und die darin enthaltenen Vertragsbedingungen nach seinen individuellen Vorstellungen auszugestalten;²²⁵ es stand in seiner Macht, „seine“ Vertragsbedingungen klar und eindeutig zu formulieren.²²⁶ Dem gegenüber stand der Versprechende. Für ihn war keine Möglichkeit der Einflussnahme auf die Vertragsbedingungen vorgesehen. Er konnte mit seinem *spondeo* lediglich sein Einverständnis erklären; eine individuelle Einwirkung seinerseits auf den Inhalt der Stipulation war nicht statthaft.²²⁷ Mithin war die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht des *promissor* im Gegensatz zu der des Stipulators sehr gering, sodass von Seiten des Stipulators eine gewisse Dominanz hinsichtlich des Inhalts der Stipulation ausgehen konnte. Ein Motiv für die Unklarheitenregel *ambiguitas contra stipulatorem* könnte mithin darin gesehen werden, ein etwaiges Machtgefälle hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Gestaltung auszugleichen.

Neben den Motiven der Aufstellung stellt sich die Frage nach der Bedeutung der celsinischen Unklarheitenregel im damaligen Rechtsverkehr. Einigkeit besteht zunächst darin, dass die Auslegungssmaxime *ambiguitas contra stipulatorem* die Nichtigkeitsfolge bei fehlender vertraglicher Einigung nicht verdrängt hat.²²⁸ Dies wird aus zwei Digestenfragmenten hergeleitet:²²⁹

Paulus D. 34.5.21

Ubi est verborum ambiguitas, valet quod acti est, veluti cum Stichum stipuler et sint plures Stichi, vel hominem, vel Carthagini, cum sint dueae Carthagines.

Wenn der Wortlaut mehrdeutig ist, gilt das, was gemeint ist; zum Beispiel, wenn ich mir „Stichus“ versprechen lasse und es mehrere Sklaven namens Stichus gibt, oder „den Sklaven“ oder Leistung „in Karthago“, wo es doch zwei Karthagos gibt.²³⁰

Paulus D. 45.1.83.1

Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit ...

Wenn ich mir den Stichus versprechen lasse und dabei den einen Stichus meine, du den anderen, wird nichts vereinbart ...²³¹

Insbesondere das letzte Digestenfragment verdeutlicht, dass, soweit der wesentliche Gegenstand einer Stipulation nicht eindeutig bestimmt werden konnte,

²²⁵ Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 12; Krampe, SZ 1983, S. 185; Wacke, JA 1981, S. 666.

²²⁶ Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 12; Krampe, SZ 1983, S. 185; Wacke, JA 1981, S. 666.

²²⁷ Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 12; Krampe, SZ 1983, S. 185; Wacke, JA 1981, S. 666.

²²⁸ Wolf, Error im römischen Vertragsrecht, S. 62 Fn. 127; Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 49.

²²⁹ Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 49.

²³⁰ Zur Übersetzung siehe Knütel/Kupisch/Rüfner/Seiler/Rüfner, D. 34.5.21.

²³¹ Zur Übersetzung vgl. Watson, D. 45.1.83.1.

diese ungültig war.²³² Die Auslegungsmaxime *ambiguitas contra stipulatorem* fand keine Anwendung.

Hinsichtlich der sonstigen Anwendung im Rechtsverkehr ist fraglich, was für eine Rolle die Auslegungsmaxime *ambiguitas contra stipulatorem* im Rahmen der klassisch-römischen Auslegung zugekommen ist. Mangels eindeutiger Hinweise in den Digestenstellen ist nicht klar, wie die Regelung *ambiguitas contra stipulatorem* die Auslegungsarbeit der römischen Juristen beeinflusst hat.²³³ Zur Beantwortung sollen deshalb verschiedene Ansichten herangezogen werden.

Beginnend mit den Ausführungen von *Hans Erich Troje*²³⁴ war die Auslegungsregel ein Leitsatz von allgemeinem Charakter, welcher wie ein Warnruf zu klingen vermochte, im Falle von Undeutlichkeit mit einer Auslegung zu seinen Lasten zu rechnen.²³⁵ *Ambiguitas contra stipulatorem* ist nach seiner Ansicht ein im Wesen unverstandenes, zufällig entdecktes und bei nächstbester Gelegenheit genutztes Argument zur nachträglichen Begründung der klassischen Entscheidung.²³⁶ Tatsächlich hätten sich die klassischen römischen Juristen allerdings dieser Regel nicht bedient.²³⁷

Die Ansicht von *Troje* wurde sodann von *Giuseppe Gandolfi* aufgegriffen und kritisiert.²³⁸ Nach der Auffassung von *Gandolfi* ist *Troje*s Untersuchung mit einem grundlegenden Missverständnis behaftet: *Troje* sei nicht bewusst, dass das untersuchte Prinzip subsidiär und in Wirklichkeit ein extremes Mittel war.²³⁹ Mithilfe der Regelung konnte eine nicht anders zu überwindende Unsicherheit gelöst und einer mehrdeutigen Klausel ein Sinn verschafft werden.²⁴⁰ Für *Gandolfi* war die Regelung *ambiguitas contra stipulatorem* eine subsidiäre Auslegungsregel, ein „äußerster Notbehelf“²⁴¹, welcher dazu verhalf, einer zweideutigen Vertragsbestimmung eine Bedeutung zu geben.²⁴²

²³² *Wolf*, Error im römischen Vertragsrecht, S. 52 f.; *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 49.

²³³ Vgl. *Krampe*, SZ 1983, S. 199; so auch *Troje*, Ambiguitas contra stipulatorem, S. 143.

²³⁴ *Hans Erich Troje* hat sich im Rahmen seiner Dissertation mit dem Titel „*Ambiguitas contra stipulatorem*“ zum einem mit dem Verständnis, der Anwendung und Einordnung der Regel im Zeitraum seit Bologna bis zu den heute geltenden Kodifikationen beschäftigt. Zum anderen untersuchte er die einschlägigen Textstellen im Sachzusammenhang des römischen Rechts, S. 95 ff.

²³⁵ *Troje*, Ambiguitas contra stipulatorem, S. 155; vgl. auch *Krampe*, SZ 1983, S. 188.

²³⁶ *Troje*, Ambiguitas contra stipulatorem, S. 155, S. 156.

²³⁷ *Troje*, Ambiguitas contra stipulatorem, S. 143, S. 155; HKK-BGB/*Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 16; vgl. *Honsell*, FG Max Kaser, 1986, S. 74.

²³⁸ *Gandolfi*, Studi sull’interpretazione degli atti negoziali in diritto romano, S. 398.

²³⁹ *Gandolfi*, Studi sull’interpretazione degli atti negoziali in diritto romano, S. 398.

²⁴⁰ *Gandolfi*, Studi sull’interpretazione degli atti negoziali in diritto romano, S. 398.

²⁴¹ So *Krampe*, SZ 1983, S. 188; *Honsell*, FG Max Kaser, 1986, S. 74.

Neben *Gandolfi* steht auch die Ansicht von *Bernard Vonglis*, welcher sich ebenfalls gegen die Ausführungen von *Troje* stellt.²⁴³ Mithilfe der Unklarheitenregel wollte *Celsus* seiner Ansicht nach den Mangel der Zweideutigkeit beheben. Nach *Vonglis* ist in der Regelung ein Beleg für den Einfluss der Rhetorik auf die klassische Jurisprudenz zu finden.²⁴⁴ Die Mehrdeutigkeit konnte durch Anwendung einer einfachen Vermutung gelöst werden.²⁴⁵ Die Ansicht von *Troje*, die Regel wäre nie zur Anwendung gelangt, wird von *Vonglis* nicht gestützt.²⁴⁶

Gegen die Auffassungen von *Troje* und *Gandolfi* stellt sich *Christoph Krampe*.²⁴⁷ Nach seiner Ansicht handelte es sich bei *ambiguitas contra stipulatorem* nicht um eine Regel, welche bei jeder Mehrdeutigkeit Anspruch auf allgemeine Gültigkeit erhob.²⁴⁸ Zudem ist *Krampe* der Meinung, dass es sich bei der *ambiguitas*-Regel auch um keine subsidiäre Auslegungsregel handelte.²⁴⁹ Die klassischen Juristen lösten ihm zufolge eine Mehr- bzw. Zweideutigkeit nicht schlichtweg für oder gegen eine Partei.²⁵⁰ Nach *Krampe* interpretierten die römischen Juristen die Mehr-/Zweideutigkeit nach sachlichen Gesichtspunkten – unabhängig davon, ob sie nach der Auslegungsregel *ambiguitas contra stipulatorem* auslegen oder nicht.²⁵¹ Die *ambiguitas*-Regel ist nach seiner Ansicht nur eine Regel unter mehreren anderen, die dem Juristen die Aufgabe der Auslegung nicht abnehmen, sondern ihm dabei behilflich sein sollte.²⁵² Vorrang sollte nach wie vor der allgemeinen Auslegungsmaxime *id quod actum est*²⁵³ zukommen.

Auf die Frage, welche genaue Bedeutung der Regel in Zeiten des klassischen römischen Rechts zukam, kann keine eindeutige Antwort gefunden werden. Vielmehr werden verschiedenste Ansichten vertreten, welche praktische Bedeutung

²⁴² *Gandolfi*, Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano, S. 398; siehe auch *Krampe*, SZ 1983, S. 188.

²⁴³ *Vonglis*, La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique, S. 93 ff.

²⁴⁴ Vgl. *Krampe*, SZ 1983, S. 188.

²⁴⁵ *Vonglis*, La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique, S. 94.

²⁴⁶ Vgl. *Vonglis*, La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique, S. 93 ff.

²⁴⁷ *Krampe*, SZ 1983, S. 185 ff.; siehe auch *Honsell*, FG Max Kaser, 1986, S. 74.

²⁴⁸ *Krampe*, SZ 1983, S. 227.

²⁴⁹ *Krampe*, SZ 1983, S. 227; siehe auch *Honsell*, FG Max Kaser, 1986, S. 74.

²⁵⁰ *Krampe*, SZ 1983, S. 226.

²⁵¹ *Krampe*, SZ 1983, S. 227.

²⁵² *Krampe*, SZ 1983, S. 228.

²⁵³ *Id quod actum est* enthielt eine Auslegungsmaxime für die Erforschung und Feststellung des Parteiwillens. In diesem Rahmen sollte sich nicht auf den Wortlaut beschränkt werden, sondern es galt den wahren Willen zu erforschen. *Id quod actum est* – das, was vereinbart war – beschreibt die Parteivereinbarung, den Vertragsinhalt. Siehe hierzu *Babusiaux*, *Id quod actum est*. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess, Einleitung; *HKK-BGB/Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 14.

die Regel einnahm. Einleuchtend erscheint es jedoch, sich der Ansicht von *Gandolfi*²⁵⁴ zumindest insoweit anzuschließen, als dass der Unklarheitenregel ein subsidiärer Charakter zugesprochen werden kann;²⁵⁵ mithilfe der Regel konnte eine nicht anders zu überwindende Unsicherheit gelöst und einer mehrdeutigen Klausel ein Sinn verschafft werden.²⁵⁶ Vor diesem Hintergrund erscheint es vertretbar, *ambiguitas contra stipulatorem* im Vergleich zu den sonstigen Auslegungsregeln eine nachgeordnete Rolle zuzusprechen.²⁵⁷ Zusätzlich ist noch zu beachten, dass zwar *ambiguitas contra stipulatorem* nur die Stipulation an sich benennt. Jedoch wurde vorstehend bereits angeführt, dass mittels der Stipulation ein jeglicher rechtlicher Inhalt vereinbart werden konnte. Mithin konnte ein vieles mehr an „Rechtsverhältnissen“ durch die Stipulation erfasst werden, wodurch die Unklarheitenregel ohne weitere Regelung allgemeine Anwendung finden konnte.

(β) Ambiguum pactum contra venditorem et locatorem

Neben der vorstehenden Auslegungsregel *ambiguitas contra stipulatorem* ist um die Mitte des 2. Jahrhunderts nach Christus der Grundsatz *ambiguum pactum contra venditorem et locatorem* als weitere Auslegungsmaxime überliefert.²⁵⁸ Die zeitlich-konkrete Einordnung ist hierbei ungeklärt.²⁵⁹ Die für die Auslegungs-

²⁵⁴ *Gandolfi*, Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano, S. 398.

²⁵⁵ Siehe zur Einschränkung der Meinung *Gandolfis*: *Dobbertin*, Zur Auslegung der Stipulation im klassischen Römischen Recht, S. 95.

²⁵⁶ *Gandolfi*, Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano, S. 398.

²⁵⁷ Vgl. *Honsell*, FG Max Kaser, 1986, S. 73 ff.; *Krampe*, SZ 1983, S. 227; *Troje*, *Ambiguitas contra stipulatorem*, S. 155; HKK-BGB/*Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 16.

²⁵⁸ *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 13; *Wacke*, JA 1981, S. 666.

²⁵⁹ Weshalb eine zeitliche Einordnung an dieser Stelle erschwert ist, ergibt sich aus der Digestenstelle D. 2.14.39. In dieser wird auf die sogenannten *veteres* verwiesen. Da jedoch unter den Begriff *veteres* Juristen der frühklassischen Zeit oder solche der späten Republik fallen können, haben sich unterschiedliche Ansichten hinsichtlich der zeitlichen Einordnung der Auslegungsmaxime herausgebildet. Bspw. vertritt *Christoph Krampe* die Ansicht, der Jurist *Papinian* führe die Maxime auf die *veteres*, die Alten, d.h. die republikanischen Juristen zurück (*Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 13; für die Ansicht von *Krampe* spricht die Bezeichnung *veteres*. Der Begriff *veteres* stellt nämlich eine in der republikanischen Epoche oft gebräuchliche Bezeichnung für Juristen dar. Zwar werden auch jüngere Rechtskundige derart bezeichnet. Begegnet man jedoch im Rahmen der Schriften der klassischen Juristen dem Begriff *veteres*, so können diese zumeist in der republikanischen Epoche verortet werden. *Jörs*, Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik, S. 252 f.). Nach der Ansicht von *Wacke* sind die *veteres* dagegen auf die namenlosen Vorklassiker bzw. Frühklassiker zurückzuführen (*Wacke*, JA 1981, S. 666). Zugunsten von *Wacke* kann auf die Digestenstelle Paul. 5 Sab. D. 18.1.21 verwiesen werden. In dieser wird auf den unter Kaiser *Augustus* wirkenden Frühklassiker *Antistius Labeo* hingewiesen. Dieser galt als einer der wichtigsten Vertreter der Frühklassik des römischen Rechts und wirkte damit vor dem hochklassischen römischen Juristen *Celsus*. Diese Ansicht teilt auch *Otto Behrends*, welcher den Beginn der Geschichte dieser Unklarheitenregel in der Vorklassik datiert (*Behrends*, FS G. Otte,

maxime *ambiguum pactum contra venditorem et locatorem* maßgeblichen Digestenstellen²⁶⁰ sind die folgenden:

Pap. 5 quaest. D. 2.14.39

Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.

Von den alten Juristen ist anerkannt, dass eine unklare und mehrdeutige Vereinbarung zulasten des Verkäufers und derjenigen geht, die vermietet, verpachtet oder ein Werk bestellt haben, weil es in ihrer Macht lag, die Vertragsbestimmungen deutlicher abzufassen.²⁶¹

Paul. 5 Sab. D. 18.1.21

Labeo scripsit obscuritatem pacti nocere poitus debere venditori qui id dixerit quam emptori, quia potuit re integra apertius dicere.

Labeo hat geschrieben, die Unklarheit einer Abrede müsse eher dem Verkäufer schaden, der sie formuliert hat, als dem Käufer, weil jener sich klarer hätte ausdrücken können.²⁶²

Paul. 5 Plaut. D. 50.17.172pr.

In contrahenda venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est.

Bei Abschluss eines Kaufvertrages ist eine zweideutige Nebenabrede gegen den Verkäufer auszulegen.²⁶³

Für die Zwecke dieser Arbeit ist insbesondere von Interesse, für welche Konstellationen die Maxime galt. In diesem Zusammenhang ist dabei jedoch weniger die Frage der Anwendung auf eine konkrete Vertragsart als vielmehr die Frage von Bedeutung, was unter *leges venditionis/locationis* zu verstehen ist. Mithin ist fraglich, ob die Auslegungsmaxime *ambiguum pactum contra venditorem et locatorem* eher für Konsensualverträge allgemein oder lediglich für einzelne einseitig (vor-)formulierte Vertragsbestimmungen Geltung entfaltete. Die vorstehende Frage stellt sich aufgrund der unterschiedlichen Ausdrucksweisen bzw. Übersetzungen der vorstehenden Digestenstellen. Etwa wird im Rahmen von D. 2.14.39 zunächst von einer „unklaren und mehrdeutigen Vereinbarung“ und dann von einer „Vertragsbestimmung“ gesprochen. In D. 18.1.21 wird hingegen die „Un-

2005, S. 458). Troje trägt vor, dass die Regel der Regularjurisprudenz entstammt (Troje, *Ambiguitas contra stipulatorem*, S. 164f., S. 176). Eine zeitliche Einordnung der Regel *ambiguum pactum contra venditorem et locatorem* kann vor diesem Hintergrund nicht sicher vorgenommen werden. Folglich kommt es darauf an, wie die einschlägigen Digestenstellen verstanden werden. Je nach „Lesart“ der Digestenstellen kann die Ansicht vertreten werden, dass entweder die Regel *ambiguum pactum contra venditorem et locatorem* immer noch oder wieder vertreten wurde.

²⁶⁰ „Hierbei handelt es sich um drei Stellen, welche den gleichen Gedanken ohne einen Fallbezug regelartig mitteilen“, Troje, *Ambiguitas contra stipulatorem*, S. 158.

²⁶¹ Zur Übersetzung siehe Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler/Krampe, D. 2.14.39.

²⁶² Zur Übersetzung siehe Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler/Honsell, D. 18.1.21.

²⁶³ Zur Übersetzung vgl. Watson, 50.17.172pr.

klarheit einer Abrede“ ausgeführt. Schließlich spricht D. 50.17.172pr. von einer „zweideutigen Nebenabrede“.

Aufgrund der unterschiedlichen Übersetzungen könnte ein gewisser Interpretationsspielraum dahingehend bestehen, was unter den *leges venditionis/locationis* konkret zu verstehen ist. Deshalb könnte vertreten werden, dass die *leges venditionis/locationis* als funktional äquivalent zu unseren heutigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen einzuordnen sind.²⁶⁴ Dies erscheint aus unterschiedlichen Gesichtspunkten heraus plausibel. Zum einen wird davon ausgegangen, dass es – wie auch im Rahmen von AGB – allein der Verkäufer bzw. Vermieter war, der die Nebenabrede zum entsprechenden Vertrag formuliert habe.²⁶⁵ Mithin könnte er im Sinne unseres heutigen Rechtsverständnisses als der „Verwender“ von Nebenabreden angesehen werden, da er es in der Hand hatte, eindeutiger zu formulieren.²⁶⁶

Weiter könnte die Auflistung verschiedenster *leges venditionis* im Buch *De agri cultura* von *Cato*²⁶⁷ für den Vergleich mit AGB sprechen.²⁶⁸ Die in dem Buch von *Cato* aufgeführten *leges venditionis* bestimmen etwa, wie einzelne Kaufverträge (bspw. über Trauben am Stock, Wein in Fässern etc.) abgewickelt werden sollen.²⁶⁹ Hierbei sind die *leges venditionis* hinsichtlich des konkreten

²⁶⁴ Zur Ansicht, dass die Auslegungsregel sich wohl nur auf einseitige Verkaufs- und Vergabebedingungen bezogen hat, *Wacke*, JA 1981, S. 666.

²⁶⁵ von *Lübtow*, *Catos Leges venditioni et locationi dictae* (*Symbolae R. Taubenschlag dedicatae III* (1957), 227 (247)); *Wolf*, *Error im römischen Vertragsrecht*, S. 41; *Krampe*, *Die Unklarheitenregel*, S. 13;

²⁶⁶ D. 2.14.39: *Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.*

²⁶⁷ *Marcus Porcius Cato* war ein römischer Feldherr, Geschichtsschreiber, Schriftsteller und Staatsmann. Er lebte in der Zeit 234 v. Chr. bis 149 v. Chr. Besondere Bedeutung erlangte sein Werk *De agri cultura*, ein Werk über Ackerbau und Landwirtschaft. Vgl. hierzu bspw. *Albrecht*, *Meister römischer Prosa*, S. 15 ff.

²⁶⁸ *Cato*, *Marcus Porcius*, *De agri cultura*, siehe hierzu ab dem Kapitel CLIII; siehe zur Übersetzung *Schönberger*, *Marcus Porcius Cato vom Landbau, Fragmente, Lateinisch-Deutsch*, S. 140 ff. Siehe zudem auch von *Lübtow*, *Catos Leges venditioni et locationi dictae* (*Symbolae R. Taubenschlag dedicatae III* (1957)), S. 227–441.

²⁶⁹ Siehe bspw. zur Regelung von Kaufverträgen über Trauben am Stock (Lex vini pendentis: *Íañ lege vinum pendens venire oportet: vinaceos inlutos et faecem relinquito. Locus vinis ad K. Octob. primas dabitur; si nonante ea exportaveris, dominus vino quid volet faciei. Cetera lex, quae oleae pendent*) oder Wein in Fässern (CLVII. LEX VINO IN DOLUS: *Vinum in dolis hoc modo venire oportet: vini in culleos sing, quadragena et singulae urnae dabuntur. Quod neque aceat neque muceat, id dabitur. In triduo proximo viri boni arbitrio degustato; si non ita fecerit, vinum pro degustato erit. Quot dies per dominum mora fuerit, quo minus vinum degustet, totidem dies emptori proceden!* 2. *Vinum accipi- 2. to ante K. lan. primas; si non ante acceperit, dominus vinum admetietur. Quod admensus erit pro eo dominus re[m]solvito; si emptor postulant, dominus ius iurandum dabit verum fecisse. Locus vinis ad K. Octobres primas dabitur; si ante non deportaverit, dominus vino quid volet faciet. Cetera lex, quae oleae pendent.*)

Cato, *Marcus Porcius*, *De agri cultura*, siehe hierzu ab dem Kapitel CLVI, CLVII; siehe zur Übersetzung *Schönberger*, *Marcus Porcius Cato vom Landbau, Fragmente, Lateinisch-Deutsch*, S. 147 ff.

Vertragsinhaltes oder auch der Vertragsausgestaltung sehr genau. Im Ergebnis können diese *leges* als einseitige imperativisch formulierte Festsetzungen von Vertragsbedingungen beschrieben werden.²⁷⁰

Ein weiterer Anknüpfungspunkt dafür, dass es sich bei den *leges venditionis/locationis* um eine Art Allgemeine Geschäftsbedingungen gehandelt haben könnte, könnte in einer Auslegungsentscheidung aus einem *Pomponius*-Fragment zu finden sein.

Pomp. 33 Sab. D. 18.1.33

Cum in lege venditionis ita sit scriptum: fulmina stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint', nec additur; quae flumina vel stillicidia, primum spectari oportet, quid acti sit: si non id appareat, tunc id accipitur quod venditori novet: ambigua enim oratio est.

Heißt es in den schriftlichen Nebenbestimmungen eines Kaufvertrages: „Abflüsse und Regentraufen sollen so blieben, wie sie jetzt sind“ und ist nicht hinzugefügt, um welche Abflüsse und Regentraufen es sich handelt, so ist zuerst darauf zu sehen, was wirklich gemeint ist. Tritt das nicht zutage, so ist [im Zweifel] das anzunehmen, was für den Verkäufer nachteilig ist; denn die Erklärung ist mehrdeutig.²⁷¹

In der vorstehenden Digestensteinstelle geht es um die Auslegung einer schriftlich niedergelegten Nebenbestimmung zu einem Grundstückskaufvertrag. Dabei erscheint es der Verkäufer gewesen zu sein, der diese in den Vertrag eingebracht hat, da die Auslegung zu seinem Nachteil damit begründet wird, dass die Erklärung mehrdeutig ist.²⁷² Diese Zuweisung von Verantwortung lässt vermuten, dass die Bestimmung von einer Partei – dem Verkäufer – herrührt und damit einseitig in den Vertrag einbezogen wurde.²⁷³

Nicht zuletzt kann hinsichtlich der Klassifizierung der *leges venditionis/locationis* auch auf das Mietrecht²⁷⁴ bzw. die Pacht abgestellt werden. Verpachtete etwa ein Eigentümer ein Grundstück an einen Pächter und erlaubte ihm entweder ein neues Gebäude zu errichten oder das bestehende Gebäude zu benutzen, wurde diese Erlaubnis dem Mieter bzw. Pächter durch Klauseln erteilt, die dem Vertrag hinzugefügt werden.²⁷⁵ Diese Klauseln sind als sogenannte *leges locatio-*

²⁷⁰ *Troje*, Ambiguitas contra stipulatorem, S. 163; *Jörs*, Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik, S. 206 ff., § 211 ff.

²⁷¹ Vgl. hierzu D. 18.1.21. Zur Übersetzung siehe Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler/*Honsell*, D. 18.1.33.

²⁷² *Troje*, Ambiguitas contra stipulatorem, S. 163; *Jörs*, Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik, S. 213.

²⁷³ Vgl. zur Annahme einer „Klausel“ etwa *Krampe*, Die ambiguitas-Regel: Interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem, S. 212 ff.; *Troje*, DSHI 27 (1961), S. 170 ff.

²⁷⁴ Zum Mietrecht des römischen Wohnungsmarktes siehe bspw. *Willem*, „Urbanes“ Mietrecht? Der römische Wohnungsmarkt zwischen Preismechanismus und Intervention, ZRG RA 136 (2019), S. 233–270; HKK-BGB/*Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 15.

²⁷⁵ *Babuisaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner/Battaglia*, Handbuch des Römischen Privatrechts, § 51, Rn. 11, S. 1270.

nis bekannt.²⁷⁶ Dass es sich hierbei um mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen vergleichbare Vertragsbestimmungen handelte, erscheint insbesondere vor dem Hintergrund der Marktmacht der Parteien überzeugend. Schließlich standen sich insbesondere im antiken Rom der Reichtum der Oberschicht und die „beklagenswerte Armut“ der breiten Bevölkerung entgegen.²⁷⁷ Aufgrund von beengten Wohnverhältnissen in Großstädten wie Rom ist davon auszugehen, dass es hier zur „Ausbeutung der Bewohner von Mietkasernen und der freien Lohnarbeiter gekommen“ ist.²⁷⁸ Dass die breite Bevölkerung der wirtschaftlichen Übermacht der Oberschicht hätte entgegentreten können, ist nicht ersichtlich.²⁷⁹ Vielmehr wird davon auszugehen sein, dass, gleichwohl es sich bei einem Mietvertrag um einen Konsensualvertrag handelt, und damit grundsätzlich um einen Vertrag, der von beiden Parteien beeinflusst werden konnte, der Vermieter dem Mieter die Bedingungen auferlegen konnte. „Diejenigen, die die Zimmer und Apartments bewohnen wollten, befanden sich wohl grundsätzlich in einer schwächeren ökonomischen Position. Zudem ist fraglich, ob mit den [Einwohnern eines Miethauses] überhaupt individuell verhandelt wurde.“²⁸⁰

Im Ergebnis wird somit vertreten, dass die Auslegungsmaxime *ambiguum pactum contra venditorem et locatorem* wohl für Konstellationen galt, in denen die Nebenabrede/Vereinbarung/Vertragsbestimmung bzw. die *leges venditionis/locationis* als eine Art der heutigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen genutzt wurden. Die Auslegungsmaxime entfaltete insoweit dann Geltung, wenn die *leges venditionis/locationis* – wie AGB – einseitig von einer Partei formuliert wurden und in den Vertrag einbezogen wurden. In Bezug auf die konkret erfassten Vertragsarten werden verschiedenste (etwa Kauf-, Pacht-, Miet- oder Werkverträge) erwähnt, weshalb auch unterschiedlichste Vertragsarten von der Auslegungsmaxime profitieren konnten. Dennoch wird angenommen, dass die Auslegungsregel nur insoweit eine Auslegung zulasten des Verkäufers bzw. Vermieters vorsah, wenn sich die Auslegung konkret auf die unklaren *leges venditionis/locationis* bezog und nicht auf den Vertrag im Allgemeinen.

Wie auch die Auslegungsmaxime *ambiguitas contra stipulatorem* verdrängt *ambiguum pactum contra venditorem et locatorem* jedoch nicht die Nichtigkeits-

²⁷⁶ Babuisaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner/Battaglia, Handbuch des Römischen Privatrechts, § 51, Rn. 11, S. 1270.

²⁷⁷ Wacke, ZRG RA 94 (1977), S. 214f.

²⁷⁸ Wacke, ZRG RA 94 (1977), S. 215; zum Mietrecht des römischen Wohnungsmarktes siehe Willems, „Urbanes“ Mietrecht? Der römische Wohnungsmarkt zwischen Preismechanismus und Intervention, ZRG RA 136 (2019), S. 233–270.

²⁷⁹ So Wacke mit Bezug auf etwaige Interessenvertretungen für die „kleinen Leute“, Wacke, ZRG RA 94 (1977), S. 215f.

²⁸⁰ Hierbei ist zu beachten, dass die Eigentümer das gesamte Haus an einen sogenannten Hauptmieter vermieteten und dieser sodann in Form eines Untermietvertrages an die eigentlichen Mieter, die auch die Zimmer und Apartments bewohnten, weiter vermietete. Willems, ZRG RA 136 (2019), S. 249.

folge bei fehlender Einigung.²⁸¹ Hatten die Parteien über eine Nebenabrede bzw. Vertragsbestimmung keine Einigung erzielt, so fand die Auslegungsmaxime *ambiguum pactum contra venditorem et locatorem* keine Anwendung, sondern es wurde sich nach dem Grundsatz *id quod actum est gerichtet*.²⁸² *Ambiguum pactum contra venditorem et locatorem* fand insoweit dort Anwendung, wo es sich um eine Zweideutigkeit handelte und die Auslegung unter anderem ergeben sollte, welche Rechte gemeint waren. Waren gerade etwaige Nebenabreden bzw. Vertragsbestimmungen zweifelhaft, wurden diese zulasten des Formulierenden ausgelegt.

(γ) Zusammenfassung

Die vorstehenden Auslegungsgrundsätze *ambiguitas contra stipulatorem* sowie *ambiguum pactum contra venditorem et locatorem* sind solche aus dem römischen Recht im Zeitalter der Hochklassik und Spätklassik. Gemeinsam haben sie, dass Vertragsklauseln jeweils gegen die Partei auszulegen sind, die im Vorfeld einseitig den Vertrag bzw. die Vertragsbedingungen gestaltet bzw. vorformuliert hatte.²⁸³ Begründet wurde dieses Vorgehen damit, dass sich entweder der Stipulator oder der Verkäufer/Vermieter etc. klarer hätte ausdrücken können.²⁸⁴ Insoweit haftet beiden Auslegungsmaximen gewissermaßen das Kriterium der Vorformulierung an. Im Rahmen von *ambiguitas contra stipulatorem* war dies die Vorformulierung des Stipulators hinsichtlich des Stipulationsversprechens. Im Falle von *ambiguum pactum contra venditorem et locatorem* war es die einseitige Vorformulierung der Vertragsbedingungen durch den Verkäufer/Vermieter in Gestalt von *leges venditionis* bzw. *locationis*.

In Bezug auf die praktische Bedeutung besteht in Teilen Uneinigkeit. Nichtsdestotrotz sind beide Regelungen allgemeine Auslegungsgrundsätze des römischen Rechts – wenn auch nur nach Erschöpfung der sonstigen Auslegungsregeln. Die Nichtigkeitsfolge wegen fehlender Einigung vermochte weder *ambiguitas contra stipulatorem* noch *ambiguum pactum contra venditorem et locatorem* zu verdrängen.²⁸⁵ Die Auslegungsmaximen des römischen Rechts bilden somit den Ursprung der Unklarheitenregeln des geltenden Rechts.²⁸⁶

²⁸¹ *Wolf*, Error im römischen Vertragsrecht, S. 52 f.; *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 49.

²⁸² Siehe hierzu *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 49 ff.; *Babusiaux*, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess, Einleitung*; *Gandolfi*, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, S. 398; *Krampe*, SZ 1983, S. 227 f.

²⁸³ *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 12 ff.; *Kosche*, *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law*, S. 36 f.

²⁸⁴ *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 13 f.

²⁸⁵ *Wolf*, Error im römischen Vertragsrecht, S. 52 f.; *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 49.

(bb) Gemeines Recht: In dubio contra proferentem

Nachfolgend soll sich mit der Unklarheitenregel *in dubio contra proferentem*²⁸⁷ im Zeitalter des gemeinen Rechts²⁸⁸ beschäftigt werden.²⁸⁹ Die zwei vorstehenden Unklarheitenregeln aus dem römischen Recht wurden im 12. Jahrhundert von den Glossatoren zu einer einheitlichen Unklarheitenregel verallgemeinert: *in dubio contra proferentem*.²⁹⁰ Nach dieser erfolgte die Auslegung im Zweifel gegen die Vertragspartei, welche den Vertragstext vorgelegt hatte.²⁹¹ Mitte des 14. Jahrhunderts wird die Regel von den Kommentatoren – insbesondere von *Bartolus* – weiterentwickelt.²⁹² Nach *Bartolus* soll die Interpretation im Zweifel gegen den Formulierenden bzw. gegen denjenigen erfolgen, für den sie ausgesprochen wurde.²⁹³ Indem *Bartolus* fordert, dass gegen denjenigen auszulegen sei, der seine Absicht nicht beweise, rückt er die Unklarheitenregel in den Bereich einer Beweislastregel.²⁹⁴ *In dubio contra proferentem* entwickelte sich insoweit nach Ansichten der Kommentatoren von einer Auslegungsregel zu einer Beweislastregel.²⁹⁵

²⁸⁶ Vgl. hierzu *Wacke*, JA 1981, S. 666; HKK-BGB/*Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 15; *Troje*, *Ambiguitas contra stipulatorem*, S. 93 ff.; *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 49

²⁸⁷ „Im Zweifel gegen den, der etwas hervorbringt“, vgl. *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 14; *Troje*, *Ambiguitas contra stipulatorem*, S. 98.

²⁸⁸ Betrachtet werden soll hier der Zeitraum des 12. bis 17. Jahrhunderts, vgl. HKK-BGB/*Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 17 ff.

²⁸⁹ Siehe auch *Jansen/Zimmermann/Vogenauer*, *Commentaries on European Contract Laws*, S. 772–774.

²⁹⁰ *Honsell*, FG Max Kaser, 1986, S. 73 ff.; *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 14 f.; *Meyer*, ZHR 174 (2010), S. 108 ff.; *Troje*, *Ambiguitas contra stipulatorem*, S. 98; *Wacke*, JA 1981, S. 666; *Kosche*, *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law*, S. 37.

²⁹¹ *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 14; *Troje*, *Ambiguitas contra stipulatorem*, S. 100.

²⁹² *Bartolus de Saxoferrato*, *Commentaria: in primam ff. (digesti) Veteris partem*, Lugdunum 1538 zu D. 2,14,39 *Ambigua conventio interpretatur contra eum, pro quo profertur und zu D. 18,1,34 pr. Debet ergo pactum interpretari semper contra eum pro quo apponitur*; vgl. dazu *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 14; *Troje*, *Ambiguitas contra stipulatorem*, S. 100; *Kosche*, *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law*, S. 37.

²⁹³ *Bartolus de Saxoferrato*, *Commentaria* (ca. 1350), Lyon 1552, ad D. 2,14,39 und D. 18,1,34, pr. Si emptione: „*interpretatio fit contra proferentem seu contra eum, pro quo profertur*.“

²⁹⁴ Siehe hierzu *Bartolus de Saxoferrato*, *Commentaria* (ca. 1350), Lyon 1552, ad D. 2,14,49: „*interpretation fit contra eum, qui intentionem suam non probat*.“ Unter dem Begriff der „Beweislastregel“ solle eine rechtliche Regel verstanden werden, die festlegt, welche Partei in einem Rechtsstreit die Verantwortung dafür trägt, bestimmte Tatsachen zu beweisen, um ihre Argumentation zu stützen.

²⁹⁵ So *Troje*, *Ambiguitas contra stipulatorem*, S. 100.

Im 16. und 17. Jahrhundert wird die Rechtsfolge der Unklarheitenregel im französischen Rechtshumanismus erneut begründet.²⁹⁶ Insbesondere *Cujaz* und *Faber* machen deutlich, dass es der Formulierende in der Hand hatte, klarer zu formulieren.²⁹⁷ *Cujaz* und *Faber* sind dabei der Ansicht, dass der Formulierende entweder mit Absicht oder aus Nachlässigkeit unklar formulierte.²⁹⁸ Als „Strafe“ sollte er an die für ihn ungünstigste Bedeutung gebunden werden.²⁹⁹ In der Folge wird der Unklarheitenregel erstmals ein „pönaler Charakter“ zugesprochen.³⁰⁰ Die Unklarheitenregel wandelt sich von einer Auslegungs- in eine Verhaltensnorm.³⁰¹

Die allgemeine Anerkennung der Regel wird sodann im 17. und 18. Jahrhundert erneut deutlich, indem diese Einzug in die Epoche des *usus modernus pandectarum* findet.³⁰² Zwar wird der Regelung ein nachrangiger Charakter attestiert, jedoch findet die Regelung auf alle Verträge Anwendung.³⁰³ Die Regelung *in dubio contra proferentem* unterliegt nach wie vor der Annahme, der Formulierende hätte sich deutlicher ausdrücken können, und damit derselben Begründung wie bei *Cujaz* und *Faber*.³⁰⁴ Die Auslegung zu seinen Lasten stellt die Sanktion für sein zweideutiges Verhalten dar.³⁰⁵

(α) Rechtlicher Inhalt und praktische Bedeutung

Inhaltlich beschäftigte sich die Regelung *in dubio contra proferentem* damit, wie unklare Vertragsbestimmungen ausgelegt werden sollten. Im Unterschied zu den vorstehenden Regelungen kam *in dubio contra proferentem* die Besonderheit zu, sich inhaltlich nicht auf einen bestimmten Vertragstypus bzw. eine Vertragsform zu beschränken. Nicht nur Fallgruppen in der Form einer Stipulation oder

²⁹⁶ Vgl. *Kosche*, *Contra proferentem* und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 38.

²⁹⁷ Dies begründen sie insbesondere mit der Digestenstelle *Celsus* D. 45,1,99 pr., da es dem Versprechensempfänger freistand, den Wortlaut umfassend zu formulieren. So *HKK-BGB/Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 18.

²⁹⁸ *Troje*, *Ambiguitas contra stipulatorem*, S. 102.

²⁹⁹ *Troje*, *Ambiguitas contra stipulatorem*, S. 102 f.; *HKK-BGB/Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 18.

³⁰⁰ *Troje*, *Ambiguitas contra stipulatorem*, S. 102; *HKK-BGB/Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 18.

³⁰¹ *Troje*, *Ambiguitas contra stipulatorem*, S. 102; m.w.N. *Kosche*, *Contra proferentem* und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 38.

³⁰² *HKK-BGB/Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 19; *Krampe*, *Die Unklarheitenregel*, S. 14 f.

³⁰³ *HKK-BGB/Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 19.

³⁰⁴ *Krampe*, *Die Unklarheitenregel*, S. 14 f.; m.w.N. *Kosche*, *Contra proferentem* und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 38.

³⁰⁵ *Krampe*, *Die Unklarheitenregel*, S. 14 f.

des Verkaufs wurden erfasst, sondern vielmehr alle mehrdeutigen Ausdrücke und Verträge.³⁰⁶ Rechtlich nahm *in dubio contra proferentem* somit die Funktion einer allgemeinen Auslegungsregel ein, welche eine Regelung im Vertrag im Zweifel zugunsten des Aufstellers auslegte.³⁰⁷

Neben der Funktion als allgemeine Auslegungsregel wurde *in dubio contra proferentem* auch die Funktion einer Beweislastregel zugesprochen.³⁰⁸ Dies entwickelte sich etwa durch *Bartolus*, da er forderte, dass gegen denjenigen auszulegen sei, der seine Absicht nicht beweise.³⁰⁹ Wie auch im römischen Recht wurde die Auslegung zugunsten des Erklärenden damit begründet, dass dieser sich hätte deutlicher ausdrücken können.³¹⁰ Nach wie vor wurde demnach an die Verantwortlichkeit des Formulierenden angeknüpft. Ihm wurde die Fähigkeit zugesprochen, klar und eindeutig formulieren zu können. Soweit dennoch Vertragsbestimmungen unklar formuliert waren, wurde vermutet, dies würde aus einer Absicht oder Nachlässigkeit resultieren.³¹¹ Schließlich hatte es der Formulierende in der Hand, im Vorfeld etwaige Zweifel auszuschließen.³¹² Der individuelle Schuldner dagegen war von der Fassung des Formulierenden „abhängig“ und musste sich derselben anschließen.³¹³

Was die praktische Bedeutung der Regel *in dubio contra proferentem* angeht, behält sie im Verlaufe der Jahrhunderte den Status eines allgemein formulierten Auslegungsgrundsatzes.³¹⁴ Unabhängig von den im Verlaufe der Jahrhunderte vorgenommenen Modifizierungen kam ihr somit allgemeine Gültigkeit zu, so-

³⁰⁶ *Honsell*, FG Max Kaser, 1986, S. 73 ff.; HKK-BGB/*Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 17; *Meyer*, ZHR 174 (2010), S. 108 ff.; *Wacke*, JA 1981, S. 666.

³⁰⁷ *Honsell*, FG Max Kaser, 1986, S. 73 ff.; *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 14 f.; *Meyer*, ZHR 174 (2010), S. 108 ff.; *Troje*, Ambiguitas contra stipulatorem, S. 98; *Wacke*, JA 1981, S. 666; *Kosche*, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 37.

³⁰⁸ Unter den Kommentatoren lenkte *Bartolus* die Unklarheitenregel rechtlich erstmals in die Richtung einer Beweislastregel, *Bartolus de Saxoferrato*, Commentaria: in primam ff. (digesti) Veteris partem, Lugdunum 1538 zu D. 2,14,39: „interpretatio fit contra eum, qui intentionem suam non probat“; siehe zudem HKK-BGB/*Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 17; *Troje*, Ambiguitas contra stipulatorem, S. 100 f.

³⁰⁹ *Bartolus de Saxoferrato*, Commentaria (ca. 1350), Lyon 1552, ad D. 2,14,49: „interpretatio fit contra eum, qui intentionem suam non probat.“

³¹⁰ Vgl. *Papinian* D. 2,14,39; *Paulus* D. 18,1,21; HKK-BGB/*Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 18.

³¹¹ HKK-BGB/*Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 18; *Troje*, Ambiguitas contra stipulatorem, S. 102 f.

³¹² Vgl. *Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Band II, S. 193 f.

³¹³ Vgl. *Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Band II, S. 193 f.

³¹⁴ *Troje*, Ambiguitas contra stipulatorem, S. 99 ff.; HKK-BGB/*Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 18 f.

dass sie auf jeden Vertragstypus angewendet werden konnte.³¹⁵ Im Verhältnis der sonstigen Auslegungsregeln zueinander nahm die Regelung jedoch eine untergeordnete Rolle ein.³¹⁶ Bevor auf die Auslegung des Wortlauts eingegangen wurde, musste der Parteiwille ermittelt werden. Anschließend stand der Erfolg des Vertrages (*ut magis valeat quam pereat*) und damit die geltungs- und wirksamkeitserhaltende Auslegung im Vordergrund (*quod verisimilius*).³¹⁷ Erst wenn diese Auslegungsregeln die unklare Vertragsbestimmung nicht „aufdecken“ konnten, wurde auf die Unklarheitenregel zurückgegriffen.³¹⁸

(β) Zusammenfassung

Die „verallgemeinerte“ Unklarheitenregel *in dubio contra proferentem* knüpft wie die vorstehenden Regelungen ebenfalls an die Verantwortung des Formulierenden an. Es stand in seiner „Macht“, sich im Rahmen der Vertragsgestaltung klarer auszudrücken. Der maßgebliche Unterschied ist allerdings darin zu sehen, dass *in dubio contra proferentem* auf alle Vertragstypen Anwendung finden konnte; eine allgemeine Gültigkeit war anerkannt. Zudem zeichnet sich auch im Rahmen dieser Unklarheitenregel das Kriterium der Vorformulierung ab. Die Unklarheitenregel gelangt nur zur Anwendung, soweit eine Partei die Vertragsgestaltung für beide Parteien übernimmt. Mithin ist auch für die Anwendung von *in dubio contra proferentem* ein unterschiedliches Kräfteverhältnis bzw. eine unterschiedliche Einwirkungsmöglichkeit erforderlich.

(cc) Kodifizierte Unklarheitenregeln: Das preußisches Allgemeine Landrecht und das sächsische BGB

Die vorstehenden Grundsätze haben das Vorgehen im Rahmen der Auslegung von unklaren Sachverhalten nachhaltig geprägt. Neben diese (ungeschriebenen) Unklarheitenregelungen treten im deutschsprachigen Raum im Zeitraum des 18./19. Jahrhundert erste Kodifikationen.³¹⁹ Das preußische Allgemeine Landrecht ordnet etwa an, dass „gegen den auszulegen [sei], der [sich] in seiner Willenserklärung zweydeutiger, eines verschiedenen Sinnes fähiger Ausdrücke [...] bedient hat“.³²⁰ Der Code civil von 1804, welcher in den linksrheinischen Gebieten Anwendung fand, regelte, dass Verträge im Zweifel gegen denjenigen ausgelegt werden, der die Verpflichtung bestimmt hat, und zugunsten desjenigen, der die

³¹⁵ HKK-BGB/Vogenauer, § 305–310 (III) Rn. 20; Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Band II, S. 195.

³¹⁶ Wacke, JA 1981, S. 666f.

³¹⁷ Wacke, JA 1981, S. 666f.

³¹⁸ Wacke, JA 1981, S. 666f.

³¹⁹ So Wacke, JA 1981, S. 667; Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 40.

³²⁰ ALR I.5. § 266.

Verpflichtung eingegangen ist.³²¹ Im Folgenden soll sich auf die Vorstellung des preußischen Allgemeinen Landrechts und des sächsischen BGB konzentriert werden und nicht auf weitere dem Bürgerlichen Gesetzbuch vorangehenden Kodifikationen. Dies hat den Hintergrund, dass etwa der Codex Maximilianeus Bavanicus Civilis von 1756 den Grundsatz der Unklarheitenregel erst gar nicht benennt oder etwa der Code civil die Unklarheitenregel als Gebot der Auslegung zugunsten des Schuldners und zulasten des Gläubigers versteht und mithin nicht an den Tatbestand der Formulierung anknüpft.³²² Die Auseinandersetzung mit dem preußischen Allgemeinen Landrecht erscheint hingegen geboten, da es im Rahmen der Unklarheitenregel einen inhaltlichen Gesichtspunkt bietet, der über den Anknüpfungspunkt der Formulierung hinausgeht.³²³ Das sächsische BGB erscheint geeignet, da sich insbesondere aus den Motiven interessante Begründungen ergeben, die die Formulierung der Erklärung in den Fokus nehmen.³²⁴

(α) Das preußische Allgemeine Landrecht

Das preußische Allgemeine Landrecht kannte eine Reihe von Auslegungsregeln.³²⁵ Die für die Untersuchung relevanten Auslegungsregeln sind im ersten Teil im fünften Titel zu finden:

ALR I.5. § 266. Kann ein Vertrag nach vorstehenden Regeln nicht erklärt werden, so ist derselbe gegen den auszulegen, der in seiner Willensäußerung zweydeutiger eines verschiedenen Sinnes fähiger Ausdrücke sich bedient hat.

ALR I.5. § 267. Besonders ist die Auslegung gegen den zu machen, welcher ungewöhnliche Vortheile begehrte, die in Verträgen dieser Art nicht eingeräumt zu werden pflegen.

Ihren Ursprung haben die Regelungen zum einen in der gemeinrechtlichen Literatur und zum anderen im römischen Recht.³²⁶ Soweit zwischen den Regelungen differenziert werden soll, könnte dies anhand unterschiedlicher Anknüpfungspunkte vorgenommen werden. ALR I.5. § 266 knüpft an das Kriterium der

³²¹ Art. 1162 CC: „Dans le doute, la convention s’interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l’obligation.“ Gültige Version vom 17. Februar 1804 bis zum 01. Oktober 2016.

³²² HKK-BGB/Vogenauer, § 305–310 (III) Rn. 23.

³²³ Siehe dazu im Folgenden ALR I, §§ 266 und 267.

³²⁴ Siehe hierzu § 813 Hs. 2 Sächs. BGB, Motive abgedruckt in Siebenhaar/Pöschmann, Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche des Königreich Sachsen, Band II: Das Recht der Forderungen, § 813.

³²⁵ Siehe hierzu: ALR I.4. §§ 65–74: Auslegung der Willenserklärungen oder ALR I.5. §§ 252 bis 269: Auslegungsregeln. Abrufbar unter anderem bei <http://www.koehlergerhard.de/Fontes/ALR1 fuer die preussischen Staaten 1794 teil1.htm> (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

³²⁶ Vgl. Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 16; Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, S. 91, S. 226.

Formulierung an.³²⁷ Derjenige, der unklare bzw. zweideutige Formulierungen in den Vertrag aufnahm, sollte mit einer Auslegung zu seinen Lasten konfrontiert werden.³²⁸

ALR I.5. § 267 weist hingegen auf einen inhaltlichen Gesichtspunkt hin, indem die Auslegung gegen denjenigen vorzunehmen ist, der mit dem Vertrag (ungewöhnliche) Vorteile erlangen würde. Statt auf den bloß formalen Anknüpfungspunkt der Formulierung abzustellen, bestimmt die Norm, sich auch auf den Inhalt des Vertrages zu konzentrieren und eine etwaige Vorteilsnahme im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen. Insoweit erscheint ALR I.5. § 267 wie eine Modifizierung von ALR I.5. § 266, indem die Norm mit der Formulierung „besonders“ hervorhebt, dass neben dem Kriterium der Vorformulierung auch berücksichtigt werden muss, wer von den Vertragsparteien einen Vorteil erlangt.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit wurden keine Einschränkungen vorgenommen. Die vorstehenden Regelungen erstreckten sich inhaltlich auf (alle) Verträge, ohne sich auf einen bestimmten Typus (bspw. Kauf oder Miete) zu beschränken.³²⁹ Vielmehr hatte die Regelung eine allgemeine Funktion, indem sie immer zur Anwendung kam, wenn sich zweideutiger Ausdrücke bedient wurde und deswegen der Vertragsinhalt unklar war.³³⁰ Doch durfte im Rahmen der Anwendung nicht verkannt werden, dass den Unklarheitenregeln nach wie vor ein subsidiärer Charakter anhaftete.³³¹ Gleich den vorstehenden Auslegungsmaximen war für die Anwendung der Unklarheitenregeln erforderlich, dass alle sonstigen Auslegungsmethoden erschöpft waren.³³²

(β) Sächsisches BGB

Das sächsische BGB von 1863/65 kennt im Rahmen der Auslegung ebenfalls eine allgemeine Unklarheitenregel.³³³

³²⁷ Vgl. HKK-BGB/*Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 22.

³²⁸ Vgl. *Kosche*, *Contra proferentem* und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 40.

³²⁹ *Dernburg*, Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, S. 226; HKK-BGB/*Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 22.

³³⁰ Vgl. *Dernburg*, Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, S. 226.

³³¹ So *Krampe*, *Die Unklarheitenregel*, S. 16; siehe auch *Dernburg*, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, S. 224 ff.

³³² HKK-BGB/*Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 22; *Krampe*, *Die Unklarheitenregel*, S. 16; *Dernburg*, Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, S. 226.

³³³ Im Entwurf zu einem Bürgerlichen Gesetzbuch für Sachsen von 1852 wurde in § 739 festgeschrieben, dass „eine undeutliche Äußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, welcher sich derselben bedient hat. So *Kosche*, *Contra proferentem* und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 44 f. Zum Gesetzbuch des Königreichs Sachsen siehe *Krampe*, *Die Unklarheitenregel*, S. 19.“

§ 813 SächsBGB:

Wenn bei Auslegung dunkler Vertragsbestimmungen durch Anwendung vorstehender Vorschriften zu einem Ergebnisse nicht zu gelangen ist, so ist den Worten des Vertrages die Bedeutung beizulegen, bei welcher der Vertrag bestehen und einen Erfolg haben kann und sofern diese Vorschrift nicht entscheidet, die dunkle Vertragsbestimmung zum Nachtheile Desjenigen auszulegen, welcher daraus ein Recht auf eine ihm vortheilhaftere oder größere Leistung ableitet.

Wie auch das preußische Allgemeine Landrecht macht das sächsische BGB deutlich, dass die Unklarheitenregel am Ende der Kette von Auslegungsregeln steht („*sofern diese Vorschrift nicht entscheidet*“).³³⁴ Ein Unterschied im Vergleich zum preußischen Allgemeinen Landrecht kann allerdings darin gesehen werden, dass nicht per se gegen den Formulierenden des Vertrages ausgelegt wird, sondern gegen denjenigen, „*welcher (aus dem Vertrag) ein Recht auf eine ihm vortheilhaftere oder größere Leistung ableitet*“.³³⁵ Letzteres zeigt wiederum eine Parallele zum ALR, indem es an einen durch Vertragsschluss erlangten Vorteil anknüpft. In der Begründung zum sächsischen BGB wird deutlich, dass die Unklarheitenregel in der Maxime aufgehen soll, dass im Zweifel zugunsten einer geringstmöglichen Obligation der verpflichtenden Vertragspartei auszulegen sei.³³⁶

Der praktische Anwendungsbereich der Regel unterlag wieder keiner Einschränkung.³³⁷ Die Unklarheitenregel konnte auf jeden Vertrag angewendet werden und verstand sich als subsidiärer, aber allgemeiner Auslegungsgrundsatz.³³⁸ Soweit eine Vertragsbestimmung in ihrem Inhalt nicht aufgeklärt werden kann, wurde sie zulasten desjenigen ausgelegt, welcher durch den Vertragsabschluss „bevorteilt“ wurde (§ 813 SächsBGB).

(γ) Zusammenfassung

Beiden Kodifikationen ist gemein, dass die Unklarheitenregel auf jeden Vertragstypus Anwendung fand. Eine bestimmte Form des Vertrages wurde ebenfalls nicht vorausgesetzt. Beide Kodifikationen beinhalten Regelungen dahingehend,

³³⁴ So auch *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 19.

³³⁵ *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 19.

³³⁶ Vgl. § 813 Hs. 2 Sächs. BGB, Motive abgedruckt in *Siebenhaar/Pöschmann*, Kommentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche des Königreich Sachsen, Band II: Das Recht der Forderungen, § 813.

³³⁷ Vgl. *Hattenhauer/Schäfer*, Sächsisches BGB, §§ 809–813 Rn. 11 (abrufbar unter <https://gepris.dfg.de/gepris/OCTOPUS/?module=gepris&task=showDetail&context=projekt&id=198627044>, zuletzt geprüft am 11.05.2023); *Siebenhaar/Pöschmann*, Kommentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, Band II, S. 104.

³³⁸ Vgl. *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 19; *Hattenhauer/Schäfer*, Sächsisches BGB, §§ 809–813 Rn. 11 (abrufbar unter <https://gepris.dfg.de/gepris/OCTOPUS/?module=gepris&task=showDetail&context=projekt&id=198627044>, zuletzt geprüft am 11.05.2023); *Siebenhaar/Pöschmann*, Kommentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, Band II, S. 104.

dass gegen denjenigen ausgelegt werden sollte, der sich von dem Vertrag einen (ungewöhnlichen) Vorteil versprach. Mithin kam der Auslegung in beiden Kodifikationen ein inhaltlicher Gesichtspunkt zu, indem ein möglicher Vorteil einer Vertragspartei die Auslegung des Vertrages bestimmte. Neben diesem inhaltlichen Gesichtspunkt bezog sich das ALR aber auch auf den Anknüpfungspunkt der Formulierung, indem es verdeutlichte, dass „gegen den auszulegen [sei], der [sich] in seiner Willensäußerung zweydeutiger eines verschiedenen Sinnes fähiger Ausdrücke [...] bedient hat“.³³⁹

(dd) Zusammenfassung

Vorstehend wurde die historische Entwicklung der Unklarheitenregel vom römischen Recht bis ins 19. Jahrhundert dargestellt. Es sollte verdeutlicht werden, wie weit der Grundgedanke tatsächlich zurückreicht und was für eine Stellung die Auslegungsmaxime im Verlaufe der Jahrhunderte einnahm. Hierbei ist aufgefallen, dass zumeist an das Kriterium der Vorformulierung und der Verantwortung des (Vor-)Formulierenden angeknüpft wurde. Stets wurde dem (Vor-)Formulierenden die Fähigkeit und damit auch die Verantwortung zugesprochen, sich klarer, unmissverständlicher und damit genauer auszudrücken. Dem Schuldner bzw. demjenigen, der sich der Formulierung „beugen“ musste, wurde stets eine Art „Opferrolle“ zu Teil. Er hatte geringere Einwirkungsmöglichkeiten auf die Vertragsgestaltung und musste deswegen das bereits Formulierte schlicht annehmen. Dadurch hatte der (Vor-)Formulierende zumindest die Möglichkeit, durch geschickte Vertragsgestaltung persönliche Vorteile zu ziehen.

Das Kriterium der Vorformulierung war mithin das Argument, um die Auslegung zulasten des Verwenders zu stützen. Die Unklarheitenregel konnte insofern nur zur Anwendung gelangen, wenn eine Partei allein die Vertragsgestaltung innehatte. Erst im Laufe des 18. und 19. Jahrhunderts wurde sich von dem bis hierhin maßgeblichen Kriterium abgewandt. Von Bedeutung war nunmehr, wer aus dem Vertrag (ungewöhnliche) Vorteile zog.

Was zudem ins Auge sticht, ist, dass die Unklarheitenregel – ungeachtet ihrer jeweiligen Formulierung – grundsätzlich allgemeine Gültigkeit erfuhr.³⁴⁰ Sowohl

³³⁹ ALR I.5. § 266.

³⁴⁰ Siehe hierzu bspw. RGZ 10, S. 158. In dieser Entscheidung des Reichsgerichts vom 9. Oktober 1882 wird ausdrücklich davon gesprochen, dass die Zweifelsregel den allgemeinen Prinzipien entspreche: „Wenn die Beklagte sich über die wiederholte Anwendung des Satzes beschwert hat, daß die von den Versicherern aufgestellten Vertragsklauseln oder Bedingungen im Zweifel gegen dieselben auszulegen seien, so ist diese Rüge völlig grundlos, da jener Satz in der That den allgemeinen Prinzipien, wie sie in I. 39 Dig. de pact. 2, 14; I. 21. 33 Dig. de contr. emt. 18, 1; I. 26 Dig. de reb. dub. 34, 5 und I. 38 §. 18. 1 99 pr. Dig. de v.o. 45, 1 ihren Ausdruck gefunden haben, entspricht. Inhaltlich beschäftigte sich die Entscheidung mit der Frage, wie sogenannte Verwirkungsklauseln in Versicherungspolicen ausgelegt werden müssen. Genauer gesagt, wur-

im Zeitalter des römischen und gemeinen Rechts, aber auch in den naturrechtlichen Kodifikationen konnte der Unklarheitenregel ein allgemeiner Charakter zugesprochen werden. Zwar erfuhr die Unklarheitenregel dabei zumeist einen subsidiären Charakter, jedoch war sie stets als allgemeiner Auslegungsgrundsatz anerkannt.

(b) Die Entscheidung des BGB-Gesetzgebers – „Nicht“-Kodifikation

Zur Feststellung einer Unvollständigkeit im Gesetz erscheint es besonders wichtig zu untersuchen, welche Gründe den BGB-Gesetzgeber dazu bewogen haben, eine allgemeine Unklarheitenregel nicht zu kodifizieren. Der Abschnitt beinhaltet Ausführungen zu den Entwürfen des BGB sowie eine Aufstellung der wesentlichen Argumente für eine „Nicht“-Kodifikation.

(aa) Entwürfe des BGB: Auslegungsnormen

Eine für die Untersuchung relevante Auslegungsnorm ist zum einen die des § 133 BGB. Diese Norm bzw. ihre Vorläufer sind in allen Entstehungsphasen des BGB im allgemeinen Teil als Regelung zu finden.³⁴¹ In der Gesetzgebungsgeschichte wurde diese zu Beginn im Kommissionsentwurf unter KE § 72, im 1. Entwurf unter E I in § 73, im 2. Entwurf unter E II § 90, in der sogenannten Bundestagsvorlage unter E II rev. § 129 und letztlich unter § 133 BGB gefasst.³⁴² Stets ist die Norm dabei im Abschnitt über Willenserklärungen zu finden.

Der heutige Wortlaut des § 133 BGB blieb dabei im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens unverändert:

Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.³⁴³

Neben § 133 BGB tritt aber auch § 157 BGB als eine allgemein anerkannte Auslegungsvorschrift für Verträge hinzu. Diese ist jedoch nicht in einer zu § 133 BGB vergleichbaren Kontinuität entstanden. Vielmehr ist diese eng mit der Entstehung des heutigen § 242 BGB (§ 359 E I) verbunden.³⁴⁴ Vorgesehen war näm-

de der Frage nachgegangen, ob eine Feuerversicherung durch entschuldbare und durch solche unrichtigen Angaben, deren Unrichtigkeit dem Versicherer erkennbar waren, verhindert werden kann.

³⁴¹ Jakobs/Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte, BGB AT/1, S. 687 ff.; Mittelstädt, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, S. 24.

³⁴² Jakobs/Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte, BGB AT/1, S. 687 ff.; Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437.

³⁴³ Siehe die Nachweise bei Jakobs/Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte, BGB AT/1, S. 687 ff.

³⁴⁴ HKK-BGB/Vogenauer, §§ 133, 157 Rn. 24 f.; Mittelstädt, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, S. 24.

lich zunächst eine allgemein geltende Vorschrift über den Inhalt von Schuldverhältnissen:

§ 359 E I:

Ein Vertrag verpflichtet die Vertragsschließenden zu demjenigen, was sich als Inhalt seiner Verbindlichkeit aus den besonderen Vertragsbestimmungen und aus der Natur des Vertrages dem Gesetze oder Herkommen gemäß ergiebt.³⁴⁵

Diese Norm wurde aber bereits von der Vorkommission des Reichsjustizamtes mit Rücksicht auf die zu § 224 I E I gefassten Beschlüsse gestrichen.³⁴⁶ Dies folgte der Meinung der Vorkommission, die Norm des § 224 I E I („*Die Leistung ist so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*“) erfasse den gesamten Rechtssatz von § 359 E I und damit nicht nur die „Art der Erfüllung, sondern auch das Ob und Was der Verbindlichkeit“.³⁴⁷ Dagegen stellte sich allerdings die Mehrheit der zweiten Kommission. Diese war der Ansicht, § 224 I E I beschränke sich inhaltlich nur auf die „Art der Erfüllung“.³⁴⁸ Um zu erfassen, ob überhaupt eine Verbindlichkeit besteht und was diese umfasst, bedürfe es einer zusätzlichen Auslegungsvorschrift für Verträge.³⁴⁹ Verortet werden sollte diese wie § 133 BGB im Allgemeinen Teil, da die Vorschrift nicht nur auf obligatorische, sondern auf sämtliche Verträge Anwendung finden sollte.³⁵⁰ Offengelassen wurde zu diesem Zeitpunkt, ob die Vorschrift in § 73 S. 2 oder als § 90a („*Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*“)³⁵¹ eingefügt werden sollte.³⁵² Die Entscheidung fiel sodann auf eine eigenständige Norm, welche in den Titel über Verträge aufgenommen wurde.³⁵³

³⁴⁵ Jakobs/Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte, Schuldrecht AT, S. 46.

³⁴⁶ Jakobs/Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte, Schuldrecht AT, S. 48; Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, S. 522.

³⁴⁷ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, S. 522; Mittelstädt, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, S. 24.

³⁴⁸ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, S. 522.

³⁴⁹ Jakobs/Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte, Schuldrecht AT, S. 49; Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, S. 522.

³⁵⁰ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, S. 522; Mittelstädt, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, S. 25.

³⁵¹ Siehe Nachweise bei Jakobs/Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte, Schuldrecht AT, S. 49.

³⁵² Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, S. 522; Mittelstädt, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, S. 25.

³⁵³ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, S. 522.

Werden die aus dem Entwurf hervorgehenden Auslegungsnormen (§ 133 BGB und § 157 BGB) betrachtet, können vier Auslegungskriterien unterschieden werden:³⁵⁴ die Erforschung des wirklichen Willens, die Abkehr von der strengen Wortlautauslegung, die Auslegung nach Treu und Glauben und die Beachtung des Verkehrsinteresses.³⁵⁵ In Bezug auf die Auslegung von Willenserklärungen beschränkt sich der Entwurf konkret auf die Erforschung des wirklichen Willens unter Vermeidung einer strengen Wortlautauslegung, § 133 BGB.³⁵⁶ Von wesentlicher Bedeutung ist im Rahmen der Auslegungsnormen allerdings, dass diese – streng genommen – keine „Regeln“ für die Lösung der Willensfrage sein sollten.³⁵⁷ Vielmehr sollte mithilfe von §§ 133, 157 BGB das Ziel der Auslegung angegeben werden.³⁵⁸ Dieses besteht in der Ermittlung einer reinen Tatsache, des wirklichen Willens.

Das mit § 133 BGB verfolgte Ziel, den wirklichen Willen zu erforschen, meint allerdings nicht die Erforschung des inneren Willens des Erklärenden, sondern den „wirklich erklärten Willen“.³⁵⁹ Der innere Wille ist ein für den Geschäftspartner nicht wahrnehmbarer und nicht erschließbarer Wille des Erklärenden, der daher auch nicht den Geschäftsinhalt bestimmen kann.³⁶⁰ Dagegen ist mit dem „wirklich erklärten Willen“ derjenige Wille gemeint, welcher für den Vertragspartner durch den gesamten Geschäftsbestand sowie alle nebenher laufenden Umstände wahrnehmbar und erschließbar gewesen ist.³⁶¹ Im Rahmen der Feststellung des „wirklich erklärten Willens“ sollten folglich die dem Geschäftspartner wahrnehmbaren Umstände berücksichtigt werden.³⁶² Zu diesen zählen bspw. die allgemeine Verkehrsanschauung, die erkennbaren Ziele des Geschäfts, der Sprachgebrauch zur Zeit und am Ort der Abgabe der Willenserklärung oder auch der Gang der Vorverhandlungen.³⁶³

³⁵⁴ So *Mittelstädt*, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, S. 26.

³⁵⁵ *Mittelstädt*, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, S. 26; *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 154 f.

³⁵⁶ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

³⁵⁷ *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 271.

³⁵⁸ *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 271.

³⁵⁹ RGZ 68, S. 126 (S. 128); *Mangik*, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 147; *Oermann*, BGB, § 133, S. 466 ff.; *Titze*, Die Lehre vom Missverständnis, S. 85.

³⁶⁰ *Mangik*, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 147.

³⁶¹ *Mangik*, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 147.

³⁶² RGZ 68, S. 126 (S. 128); *Mangik*, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 147.

³⁶³ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches Band 1, S. 155.

Vom ersten Entwurf des BGB nicht gewollt ist hingegen eine strenge Wortlautauslegung.³⁶⁴ § 133 BGB beinhaltet folglich eine Warnung vor einer schlichten „Wortklauberei“.³⁶⁵ Durch den im Entwurf aufgenommenen Hinweis, dass bei der Auslegung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne zu haften sei, soll mithin die Gefahr abgewendet werden, den Sinn des gesprochenen Wortes als „Hauptrichtschnur“ der Auslegung zu nehmen.³⁶⁶

Weitere neben § 133 BGB oder § 157 BGB geltende allgemeine Auslegungsgrundsätze wurden nicht in den Entwurf zum BGB aufgenommen.³⁶⁷ Während bspw. das preußische Allgemeine Landrecht eine Reihe von Auslegungsregeln aufstellte (siehe oben), beschränkte sich der Entwurf auf den einfachen Satz, dass bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften sei.³⁶⁸

(bb) Gründe für die „Nicht“-Aufnahme einer allgemeinen Unklarheitenregel

In den Motiven wird zu E I § 73 angeführt, dass wie in den gemeinrechtlichen Quellen auch in allen neueren Gesetzgebungen eine Reihe von Auslegungsregeln enthalten ist.³⁶⁹ In Bezug auf die Aufnahme von allgemeinen Unklarheitenregeln ist für die Verfasser des BGB zweifelhaft, ob zu den bereits aufgestellten Auslegungsregeln der Satz gehöre,

„dass zuletzt gegen denjenigen auszulegen sei, dessen Pflicht es gewesen wäre, deutlicher zu reden, also bei Verträgen gegen denjenigen, von welchem die Fassung des Vertrages oder der Vertragsbestimmung ausgegangen ist.“³⁷⁰

Für die Verfasser war dabei insbesondere problematisch, dass nicht eindeutig war, ob in den kodifizierten Unklarheitenregeln eine Wahrscheinlichkeitsrechnung oder eine Strafvorschrift zu sehen sei.³⁷¹ Denn die in dem Entwurf auf-

³⁶⁴ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

³⁶⁵ *Titzé*, Die Lehre vom Missverständnis, S. 85.

³⁶⁶ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

³⁶⁷ *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 20 f.

³⁶⁸ *Leske*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und das Preußische Allgemeine Landrecht, S. 12.

³⁶⁹ Unter den neueren Gesetzgebungen können hierbei die großen naturrechtlichen Kodifikationen des ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts verstanden werden, vgl. *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 15 ff.; *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

³⁷⁰ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

³⁷¹ „Zweifelhaft kann sein, ob dahin der Satz gehört, dass zuletzt gegen denjenigen auszulegen sei, dessen Pflicht es gewesen wäre, deutlicher zu reden, also bei Verträgen

zunehmenden Auslegungsregeln sollten gerade keinen Befehl oder gar eine Bedrohung mit einem Rechtsnachteil enthalten.³⁷² Zwar wurde diesbezüglich vertreten, dass die Unklarheitenregel keinen Befehl und keine Bedrohung mit einem Rechtsnachteil enthalte.³⁷³ Vielmehr stelle diese eine Wahrscheinlichkeitsrechnung auf, wonach davon ausgegangen wird, dass der Redende, wenn zu seinen Gunsten die Bestimmung beabsichtigt sei, wohl deutlicher geredet haben würde.³⁷⁴ Die Gefahr bei der Aufnahme einer Unklarheitenregel liege jedoch darin, dass sich gegen das Willensdogma der Auslegung gestellt wird. Anstatt der Erforschung des wirklichen Willens würde schlicht auf die Formulierung abgestellt und anhand dieser dann entschieden, dass die begünstigte Partei die Auslegung zu ihren Lasten hinnehmen müsste. Der Wortlaut einer Erklärung würde zur Hauptrichtschnur der Auslegung.³⁷⁵ Das Ziel, das gesprochene Wort nicht als Hauptrichtschnur zu verwenden, würde unterlaufen.³⁷⁶ Dadurch könnte die Unklarheitenregel als Rechtssatz verstanden werden, von welchem nur abgewichen werden dürfte, wenn dies besonders erlaubt werden würde.³⁷⁷ Auslegungsregeln sollten aber eine Richtschnur der Auslegungsarbeit darstellen und keine Rechtsätze.³⁷⁸

Die vorstehende Ansicht wurde sodann von einem Mitarbeiter der Ersten BGB-Kommission, Landgerichtsrat *Karl Heinrich Börner*, noch einmal in den Motiven zum Allgemeinen Teil konkretisiert:

„Soweit in der Unklarheitenregel nicht bloß eine Wahrscheinlichkeitsrechnung, sondern eine Strafvorschrift zu finden ist, mag die Aufstellung des Satzes für gewisse

gegen denjenigen, von dem die Fassung des Vertrages oder der Vertragsbestimmung ausgegangen ist. Soweit darin nicht bloß eine Wahrscheinlichkeitsrechnung, sondern eine Strafvorschrift zu finden ist, mag die Aufstellung des Satzes für gewisse Fälle, insbesondere auf dem Gebiete des Versicherungsrechts, am Platze sein; allgemeine Begrichtigung kommt dem Satze nicht zu.“ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1 S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

³⁷² *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 273; HKK-BGB/*Vogenauer*, §§ 305–310 Rn. 30.

³⁷³ *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 254.

³⁷⁴ *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches BGB, AT, Teil 2, S. 273; HKK-BGB/*Vogenauer*, §§ 305–310 Rn. 30.

³⁷⁵ *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches BGB, AT, Teil 2, S. 254.

³⁷⁶ *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches BGB, AT, Teil 2, S. 274.

³⁷⁷ *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches BGB, AT, Teil 2, S. 254.

³⁷⁸ *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches BGB, AT, Teil 2, S. 273 f.

Fälle, insbesondere auf dem Gebiete des Versicherungsrechts,³⁷⁹ am Platze sein; allgemeine Bedeutung kommt dem Satze nicht zu.“³⁸⁰

Die Gründe gegen die Aufnahme einer allgemeinen Unklarheiten-/Zweifelsregel liegen damit in dem Bestreben, Auslegungsregeln allein als eine Richtschnur für das Ziel der Auslegung zu verstehen. Nicht dagegen sollten Auslegungsregeln mit einem Rechtsnachteil einer ungünstigen Auslegung verbunden werden. In den Entwurf aufgenommen werden sollten somit nur allgemeine Auslegungsregeln, welche bei der Ermittlung des Erklärungsinhaltes helfen. Demnach haben sich die Verfasser des BGB geweigert, eine (allgemeine) Unklarheitenregel zu kodifizieren. Es handele sich nur um „Denkregeln ohne positiv-rechtlichen Gehalt“;³⁸¹ es sei nicht die Aufgabe des Gesetzgebers, dem Richter „Belehrungen über praktische Logik zu erteilen“.³⁸² Vielmehr bestünde durch die Aufnahme einer Unklarheitenregel die Gefahr, dass schlicht gegen eine Partei ausgelegt würde, ohne dass der wirkliche Wille überhaupt festgestellt worden wäre. Eine allgemeine Unklarheitenregel fand vor diesem Hintergrund im weiteren Gesetzgebungsverfahren keinen Anklang mehr.³⁸³

(c) Historische Entwicklung der Unklarheitenregel im AGB-Recht

Nachfolgend soll speziell die historische Entwicklung der Unklarheitenregel im Bereich des AGB-Rechts betrachtet werden. Denn obwohl eine allgemeine Unklarheitenregel in den Entwürfen abgelehnt worden war, war die Unklarheitenregel im Rahmen von AGB weder vor noch nach dem Inkrafttreten des BGB um-

³⁷⁹ Welche Rolle das Versicherungsrecht im Zusammenhang mit der Unklarheitenregel spielt, wird im Abschnitt zur Planwidrigkeit ausführlich besprochen.

³⁸⁰ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

³⁸¹ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

³⁸² So *Kötz*, FS Zeuner, 1994, S. 219 (S. 228).

³⁸³ Von den Begründungen der Entwürfe zum BGB waren hingegen Autoren wie *Titze* und *Crome* unbeeindruckt. Diese vertraten die Ansicht, dass die in der Unklarheitenregel enthaltene Quintessenz „unklare Ausdrücke seien zu Lasten desjenigen zu deuten, der sich ihrer bedient habe“ bereits unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben in den generellen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) enthalten sei (*Titze*, Die Lehre vom Missverständnis, S. 180; vgl. auch *Crome*, System des bürgerlichen Rechts, Band I, S. 407 ff.). Vor diesem Hintergrund war es für *Titze* oder *Crome* nicht von Bedeutung, ob eine allgemeine Unklarheitenregel im BGB kodifiziert wurde, da *Titze* und *Crome* diese in §§ 133, 157 BGB hineinlesen wollten (*Titze*, Die Lehre vom Missverständnis, S. 180; vgl. auch *Crome*, System des bürgerlichen Rechts, Band I, S. 407 ff.). Siehe auch HKK-BGB/*Vogenauer*, §§ 305–310 Rn. 29; *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, S. 9.

stritten.³⁸⁴ Fraglich ist aber, welche Gründe den deutschen Gesetzgeber dazu bewogen haben, „jetzt doch“ eine Unklarheitenregel zuzulassen, und was das AGB-Recht insoweit besonders auszeichnet. Eingeteilt wird in Bezug auf die geschichtliche Entwicklung von AGB in die rechtliche Behandlung der Unklarheitenregel vor dem AGBG, in das AGBG von 1976 und sodann in einen Abschnitt über die Einflüsse auf die Unklarheitenregel seit Inkrafttreten des AGBG.

(aa) (Geschichtliche) Entwicklung von AGB

Allgemeine Geschäftsbedingungen – wie wir sie heute kennen – sind in Deutschland größtenteils seit dem wirtschaftlichen Aufschwung ab dem 18. Jahrhundert bekannt.³⁸⁵ Mit der Standardisierung von Produktionsprozessen ging auch die Standardisierung der vertraglichen Bedingungen einher.³⁸⁶ Den ersten „Einsatz“ erfuhren AGB vor allem im Bereich der Versicherungswirtschaft,³⁸⁷ später bei den Verkehrsunternehmen und Ende des 19. Jahrhunderts auch bei den Kreditinstituten.³⁸⁸ Als bald wurden AGB auch bei Produktions- und Handelsbetrieben und im Dienstleistungsgewerbe verwendet.³⁸⁹ In nur wenigen Jahrzehnten hatte sich die Verwendung von AGB in der Praxis allgemein durchgesetzt.³⁹⁰

Mit der Verwendung von AGB wurde versucht, einheitliche Vertragsbedingungen für den Massenbetrieb vorzugeben. Diese sollten die Vertragsabwicklung mit dem zukünftigen, unbestimmten Kundenkreis vereinfachen. Das Bestreben lag (und liegt) folglich in der Rationalisierung der Geschäftsabwicklung.³⁹¹ Die Parteien sollten davor bewahrt werden, den Inhalt der einzelnen Verträge jeweils individuell aushandeln zu müssen. Mithilfe der Aufnahme von AGB sollten folglich auch Kosten und Mühen der Parteien eingespart werden. Mittels der Aufstellung von AGB konnte so eine möglichst große Zahl möglichst gleichartiger Verträge „bedient“ werden.³⁹²

³⁸⁴ Vgl. *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, S. 9 f.; *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 21 ff.

³⁸⁵ *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 26 ff.; siehe hierzu auch m.w.N. *Kosche*, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 68 ff.

³⁸⁶ MüKoBGB/*Basedow*, Vorbemerkung § 305 Rn. 1 ff.

³⁸⁷ Auf das Versicherungsrecht/die Versicherungswirtschaft wird in einem nachfolgenden Abschnitt näher eingegangen.

³⁸⁸ *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 26 ff.; *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer*, Vorbemerkung §§ 305–310, Rn. 16 ff.

³⁸⁹ *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 26 ff.

³⁹⁰ *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer*, Vorbemerkung §§ 305–310, Rn. 16 ff.

³⁹¹ MüKoBGB/*Basedow*, Vorbemerkung § 305 Rn. 1 ff.

³⁹² *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 27.

Die sich aus der Verwendung von AGB ergebenden Probleme – normative Qualität der AGB, Normsetzungstätigkeit von Verbänden und das Spannungsverhältnis der Abschlussfreiheit zur Privatautonomie – bilden sich Ende des 19. Jahrhunderts heraus.³⁹³ Hinter Letzterem versteckt sich genauer das Spannungsverhältnis der „in der Rechtswirklichkeit nicht vorhandenen Abschlussfreiheit [...] zur kodifizierten Privatautonomie“.³⁹⁴ Zwar besteht grundsätzlich Vertragsfreiheit, doch kann diese durch gesetzliche Verbote (§§ 134, 138 BGB) eingeschränkt werden. Der Vertragsfreiheit steht die gesetzliche Wertung entgegen, welche Verträge „abgeschlossen“ werden können bzw. welchen Inhalt sie haben dürfen. Da durch die Verwendung von AGB der Verwender dem Kunden ein Mehr an (unangemessenem) vertraglichem Risiko aufzubürden konnte (siehe oben), stellte sich die Frage, wie der Kunde vor diesem zu schützen sei. Dies konnte nur durch eine Einschränkung der Vertragsfreiheit erfolgen.³⁹⁵ Das Reichsgericht hat dabei ursprünglich mittels einer restriktiven Auslegung untersucht, ob eine unangemessene Risikoverteilung besteht.³⁹⁶ Diese unterlag allerdings der Voraussetzung, dass der Unternehmer dem Kunden die AGB unter Ausnutzung einer Monopolstellung aufgezwungen hatte.³⁹⁷ War dies der Fall, erfolgte eine über § 138 BGB konstruierte Inhaltskontrolle, die in diesen Fällen die Nichtigkeit der AGB-Klausel zur Folge hatte.³⁹⁸

Diesem Vorgehen schloss sich zunächst der BGH an.³⁹⁹ Im weiteren Verlauf änderte er aber seine Rechtsprechung dahingehend, dass er über § 242 BGB Klauseln die Anerkennung versagte, wenn diese eine Partei unbillig benachteiligten oder dieser ein unangemessenes Risiko aufzubürdeten.⁴⁰⁰ Das ab den 1960er

³⁹³ *Vec*, AGB, in: HRG, S. 144–145.

³⁹⁴ *Vec*, AGB, in: HRG, S. 144–145.

³⁹⁵ Vgl. *Vec*, AGB, in: HRG, S. 144–145.

³⁹⁶ Vgl. z. B. RGZ 64, S. 264 (S. 266); *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 302 ff.; *Raiser*, JZ 1958, S. 1 (S. 7); *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, S. 138 ff.; MüKoBGB/*Basedow*, Vorbemerkung § 305 Rn. 12.

³⁹⁷ Vgl. z. B. RGZ 64, S. 264 (S. 266); *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 302 ff.; *Raiser*, JZ 1958, S. 1 (S. 7); *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, S. 138 ff.; MüKoBGB/*Basedow*, Vorbemerkung § 305 Rn. 12.

³⁹⁸ *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 302 ff.; *Raiser*, JZ 1958, S. 1 (S. 7); *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, S. 138 ff.; MüKoBGB/*Basedow*, Vorbemerkung § 305 Rn. 12. Später erweiterte das Reichsgericht seine Inhaltskontrolle auch auf Fälle, in denen der Unternehmer „ein für den Verkehr unentbehrliches Gewerbe“ betrieb und daher gewissermaßen eine Monopolstellung oder eine wirtschaftliche Machtstellung innehatte; RGZ 103, S. 82 (S. 83); 115, S. 218 (S. 219f.).

³⁹⁹ BGH NJW 1956, S. 1066 Rn. 20f.; vgl. MüKoBGB/*Basedow*, Vorbemerkung § 305 Rn. 12.

⁴⁰⁰ Vgl. BGH NJW 1957, S. 17 (S. 19); MüKoBGB/*Basedow*, Vorbemerkung § 305 Rn. 12.

Jahren immer weiter steigende Interesse an einem Verbraucherschutz führte so-dann zum Erlass des AGBG, welches heute in den §§ 305 ff. BGB fortlebt.⁴⁰¹

(bb) Rechtliche Behandlung der Unklarheitenregel vor dem AGBG

(α) AGB als wichtigster Anwendungsfall der Unklarheitenregel

Die seit dem wirtschaftlichen Aufschwung sich häufenden Massengeschäfte führten zur Konzipierung einheitlicher Geschäftsbedingungen.⁴⁰² Als Großbetriebe traten vermehrt Versicherungsunternehmen auf, die sich Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) bedienten.⁴⁰³ Ziel der Versicherungsunternehmen war insbesondere eine einheitliche Kalkulationsgrundlage für eintretende Versicherungsfälle zu erhalten.⁴⁰⁴ Es wurde angestrebt, eine möglichst große Zahl möglichst gleichartiger Verträge abzuschließen.⁴⁰⁵ Bis zur Einführung der Versicherungsaufsicht und des Privatversicherungsrechts nutzten so viele Versicherungsunternehmen vielfach die Unkenntnis und Gleichgültigkeit des breiten Publikums gegenüber den AVB aus, indem sie bspw. durch kleinliche Fassung der AVB den Versicherungsschutz beschränkten.⁴⁰⁶ Gegenüber dem Versicherungsnehmer war dies regelmäßig eine unbillige Ausgangslage, da er sich durch Obliegenheitsverletzungen seinerseits unter Umständen einen Anspruchsverlust gefallen lassen musste (sogenannte Verwirkungsklauseln).

In der Konsequenz entwickelte sich die Unklarheitenregel in der Rechtsprechung zu einem Standardinstrument bei der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen.⁴⁰⁷ Insbesondere das Reichsoberhandelsgericht bediente sich dieser Auslegungsregel, um Allgemeine Versicherungsbestimmungen in Versicherungsverträgen gegen die Versicherung als Formulierenden auszulegen.⁴⁰⁸ Als Grund

⁴⁰¹ *Vec*, AGB, in: HRG, S. 144–145.

⁴⁰² *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 26 ff.

⁴⁰³ *Danz*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 160 ff.; AVB sind im Versicherungswesen den Versicherungsverträgen zugrunde gelegte Vertragsbedingungen, die der Versicherer dem Versicherungsnehmer bei Abschluss des Vertrages stellt. Sie stellen AGB der Versicherungsunternehmen dar und unterliegen damit dem AGB-Recht. *MAH Versicherungsrecht/Höra*, § 1 Rn. 34 ff.; *Albrecht/Bartels/Brand/Diringer*, Prinzipien der Auslegung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen, S. 6.

⁴⁰⁴ *Kosche*, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 68.

⁴⁰⁵ *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 26 ff.

⁴⁰⁶ *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 265 ff.; *Danz*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 160 ff.

⁴⁰⁷ *Kosche*, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 153.

⁴⁰⁸ Das ROHG pflegte eine offene Anwendung der Unklarheitenregel in einer Reihe von Entscheidungen. Hierbei zeichnet sich in einzelnen Entscheidungen die Einordnung der Unklarheitenregel als Unterfall von Treu und Glauben ab, ROHGE IV (25.11.1871), S. 59, S. 64; ROHGE XI (30.10.1873), S. 269, S. 270; ROHGE IV (21.11.1871), S. 59,

hierfür wurde unter anderem angeführt, dass diese in der Lage gewesen sei, klarer und eindeutiger zu formulieren und ihre Absichten besser darzustellen.⁴⁰⁹ Mithin seien sie auch in der Pflicht, sich so auszudrücken, dass die Gegenseite ihre Absichten hätte verstehen können.

Diesem Gang der Rechtsprechung folgte sodann auch das Reichsgericht dahingehend, dass „die von Versicherern aufgestellten Vertragsklauseln oder Bedingungen im Zweifel gegen dieselben auszulegen seien“.⁴¹⁰ In der Folge bildete die Auslegung von Versicherungsbedingungen im Bereich von AGB den Hauptanwendungsfall der Unklarheitenregel.⁴¹¹ Die Unklarheitenregel entwickelte sich im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts so zu einem Standardinstrument der Gerichte bei der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.⁴¹² Dem Umstand, dass der Unklarheitenregel eigentlich ein subsidiärer Charakter anhaftete, wurde wenig Beachtung geschenkt.⁴¹³ Erst mit dem Ende der 1920er Jahre erfolgte ein Wandel dahingehend, dass die Unklarheitenregel als Auslegungsgrundsatz an Treu und Glauben (§ 157 BGB) gebunden wurde und wieder eine subsidiäre Stellung im Gefüge der Auslegungsgrundsätze einnahm.⁴¹⁴

Fortan entschieden die Gerichte zunächst, unklare Bestimmungen in AGB nach billigem Ermessen auszulegen.⁴¹⁵ Es widersprach insbesondere Treu und Glauben, wenn der Versicherungsnehmer die Bedeutung der Versicherungsbedingungen nicht vollständig erfassen konnte und so darüber getäuscht wurde, dass der Versicherer stets seiner Leistungspflicht nachkommen würde.⁴¹⁶ Wollte sich der Versicherer die Möglichkeit offenhalten, sich seiner Leistungspflicht zu entziehen, so musste er dies deutlich formulieren.⁴¹⁷

S. 61; ROHGE IX (11.03.1873), S. 371, S. 379; ROHGE XIV (04.11.1875), S. 431, S. 437; siehe hierzu weiter HKK-BGB/Vogenauer, §§ 305–310 Rn. 24; Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 265 ff.; m.w.N. Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 90 f.

⁴⁰⁹ ROHGE IV (21.11.1871), S. 59, S. 61; ROHGE VI (14.05.1872), S. 151, S. 153; ROHGE XIV (04.11.1874), S. 341, S. 437; Kosche, Kapitel 3, S. 91.

⁴¹⁰ RGZ 18, S. 158 (S. 160); HKK-BGB/Vogenauer, §§ 305–310 Rn. 24; m.w.N. Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 92.

⁴¹¹ Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 92.

⁴¹² Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 153.

⁴¹³ Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 153; Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 265 ff.

⁴¹⁴ Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 153.

⁴¹⁵ Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 265 ff.

⁴¹⁶ Vgl. z.B. RGZ 10, S. 142 (S. 144); 18, S. 158 (S. 160).

⁴¹⁷ Vgl. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 161.

(β) Rechtsprechungsübersicht zur Unklarheitenregel

Inwieweit der Unklarheitenregel praktische Bedeutung bei der Auslegung von automatisierten Willenserklärungen zukam, können einschlägige Entscheidungen aus der Rechtsprechung verdeutlichen. Das Reichsgericht entschied etwa, dass, sofern Unklarheiten bestanden, diese gegen den Formulierenden von AGB auszulegen seien – jedoch unter Berücksichtigung von Treu und Glauben.⁴¹⁸ Damit unterfielen insbesondere Fälle von AVB, aber auch sonstige Fälle, in denen ein vergleichbarer organisatorischer Vorsprung vorherrschte und der Vertragspartner Gefahr lief, durch unübersichtliche AVB oder AGB benachteiligt zu werden, der vorstehenden Auslegungspraxis. Denn gerade durch die Verwendung von AGB wurde das vertragliche Risiko der eindeutigen Vertragsgestaltung nur von einer Person verantwortet, musste aber von beiden Parteien getragen werden. Damit bestand stets ein ungleiches Kräfteverhältnis. Eine inhaltliche Korrektur bzw. ein Risikoausgleich konnte insoweit vor allem durch den Gedanken der Unklarheitenregel erreicht werden.

Bisweilen wird in der Rechtsliteratur davon gesprochen, das Reichsgericht hätte die Anwendung einer Unklarheitenregel ausdrücklich auf den Bereich von AGB beschränkt.⁴¹⁹ Dieser Ansicht kann insbesondere mit Blick auf die konkret zugrundeliegende Entscheidung nicht zugestimmt werden.⁴²⁰ In der relevanten Entscheidung äußerte sich das Reichsgericht dahingehend, dass der Rechtsgrundsatz, dass der Vertrag immer gegen denjenigen auszulegen sei, der ihn entworfen habe, in dieser Allgemeinheit nicht als zutreffend anerkannt werden kann.⁴²¹ Thematisch geht es in der Entscheidung um die Auslegung eines Haftungsausschlusses in einem individuell vereinbarten Grundstückskaufvertrag.⁴²² Von Klägerseite wurde vorgebracht, dass die Klausel über den Haftungsausschluss von

⁴¹⁸ Vgl. bspw. RGZ 18, S. 143 (S. 144); 116, S. 274 (S. 276); 120, S. 18 (S. 20); vgl. weiter RGZ 10, S. 142 (S. 144); 18, S. 158 (S. 160).

⁴¹⁹ So insbesondere HKK-BGB/Vogenauer §§ 305–310 Rn. 31; „Doch erst im Jahre 1931 erklärt das Reichsgericht ausdrücklich, dass die Unklarheitenregel nur für allgemeine Geschäftsbedingungen gelte.“ Kritisch hier auch Kosche, *Contra proferentem* und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 154 ff.

⁴²⁰ Siehe zur Kontroverse über den Anwendungsbereich von Contra proferentem Kosche, *Contra proferentem* und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 154 ff.

⁴²¹ In der Reichsgerichtsentscheidung vom 19. Februar 1931 wurde nochmal klargestellt, dass der „vertretene Rechtsgrundsatz, dass der Vertrag immer gegen denjenigen auszulegen sei, der ihn entworfen habe, in dieser Allgemeinheit nicht als zutreffend anerkannt werden“ kann. Inhaltlich ging es in dieser Entscheidung um den Kauf eines Grundstücks, welches jedoch einer öffentlich-rechtlichen Baubeschränkung unterlag. Im Kaufvertrag übernahmen die Verkäuferinnen Gewähr dafür, dass keine Lasten, Schulden oder sonstige Beschränkungen des Eigentums bestehen. Fraglich war deshalb, ob die Verkäuferinnen auch für das Fehlen von Eigentumsbeschränkungen öffentlicherrechtlicher Art Gewähr übernommen hatten. Folglich beschäftigte sich das Gericht mit der Frage der Vertragstauslegung, RGZ 131, S. 343 (S. 350).

⁴²² RGZ 131, S. 343 (S. 350).

Seiten des Beklagten in den Vertrag eingebracht wurde und aus diesem Grund eine Auslegung gegen den Beklagten statthaft sei.⁴²³ Das Reichsgericht entgegnete in diesem Zusammenhang, dass „[d]er von der Revision vertretene Rechtsgrundsatz, daß der Vertrag immer gegen denjenigen auszulegen sei, der ihn entworfen habe, in dieser Allgemeinheit nicht als zutreffend anerkannt werden [kann]“.⁴²⁴

Diese Begründung wird sodann so verstanden, dass, weil es sich bei dem im Urteil ausgelegten Vertrag nicht um AGB handele, fortan die Unklarheitenregel generell für Individualverträge abgelehnt werde und nur noch auf den Bereich von AGB beschränkt bleibe.⁴²⁵ Das Reichsgericht habe sich „ausdrücklich“ dafür ausgesprochen, dass die Unklarheitenregel nur für AGB gelte.⁴²⁶ Anhand des Wortlauts lässt sich dies allerdings nicht belegen. Das Reichsgericht erklärt lediglich, dass die Unklarheitenregel keine allgemeine Bedeutung innehalt.⁴²⁷ Darüber hinaus fehlt aber eine konkrete Stellungnahme hinsichtlich des Anwendungsbereichs. Eine konkrete Beschränkung auf den Bereich von AGB wird nicht ausdrücklich vorgenommen.⁴²⁸ Dass der Unklarheitenregel eine allgemeine Bedeutung nicht zuerkannt werden kann, vermag nur im Wege einer Interpretation dazu führen, dass hieraus eine Beschränkung des Anwendungsbereichs von AGB abgeleitet wird. Nachvollziehbar erscheint es indessen, dass das Reichsgericht eine Regel abgelehnt hat, nach der Individualverträge und AGB „immer“ im Zweifel gegen den Formulierenden auszulegen seien.⁴²⁹

In einer anderen Entscheidung des Reichsgerichts von 1934 geht es zwar um die Auslegung von Versicherungsbedingungen, jedoch kann auch dieser Entscheidung keine Beschränkung auf den Bereich von AGB entnommen werden.⁴³⁰ Gegenstand der Entscheidung war die Auslegung von Bestimmungen einer Haftpflichtversicherung. Das Reichsgericht urteilte, dass die für den Versicherungsnehmer günstigere Auslegung entscheidend sein muss, da der Versicherer, wenn dieser eine Vertragsbedingung mit dem von ihm behaupteten Inhalt aufstellen wollte, dafür hätte sorgen müssen, dass diese eindeutig nur so verstanden werden konnte.⁴³¹ Das Gericht stellte folglich wieder auf denjenigen ab, welcher die Ver-

⁴²³ RGZ 131, S. 343 (S. 350).

⁴²⁴ RGZ 131, S. 343 (S. 350).

⁴²⁵ Kosche, *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law*, S. 154 ff.; HKK-BGB/Vogenauer, §§ 305–310 Rn. 31.

⁴²⁶ HKK-BGB/Vogenauer, §§ 305–310 Rn. 31.

⁴²⁷ RGZ 131, S. 343 (S. 350).

⁴²⁸ RGZ 131, S. 343 (S. 350).

⁴²⁹ So Kosche, *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law*, S. 154 ff.

⁴³⁰ Im Folgenden siehe RGZ 145, S. 21 (S. 26). Vgl. hierzu auch HKK-BGB/Vogenauer, §§ 305–310 Rn. 33.

⁴³¹ RGZ 145, S. 21 (S. 26).

antwortung hinsichtlich der Formulierung trug. Eine eindeutige Stellungnahme zum Anwendungsbereich der Unklarheitenregel ist hingegen erneut nicht herauszulesen.

Eben diese Entscheidung wurde vom BGH Jahre später aufgenommen, um die Auslegung von Vertragsbedingungen in Formularverträgen zu regeln.⁴³² In seiner Entscheidung aus dem Jahre 1952 spricht sich der BGH dafür aus, dass an der Rechtsprechung des Reichsgerichts festgehalten wird:⁴³³ Zweifel bei der Auslegung von Formularverträgen sind gegen die Vertragspartei auszulegen, die das Vertragsformular gewählt hat und sich klarer hätte ausdrücken können.⁴³⁴ In der Entscheidung erklärt der BGH, dass, soweit der Wille nicht eindeutig zum Ausdruck gekommen ist, etwaige Zweifel gegen denjenigen wirken müssten, der sich der mehrdeutigen Formulierung bedient hat bzw. sich hätte klarer ausdrücken können.⁴³⁵ Aus dogmatischer Sicht ist das Urteil aber kein Beleg für eine Unklarheitenregel, welche zur Anwendung gelangt, wenn nach der Auslegung letzte Unklarheiten verbleiben.⁴³⁶ Ungeachtet dessen wird dieser Entscheidung entnommen, dass der BGH klarstellt, der Grundsatz gelte nur für AGB.⁴³⁷ Wie auch in den vorstehenden Entscheidungen verbirgt sich diese Ansicht „zwischen den Zeilen“. Ein ausdrücklicher Kommentar seitens des BGH zur Beschränkung des Anwendungsbereichs erfolgt nicht.

Hilfreicher erscheint eine andere Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1962.⁴³⁸ In dieser wird zum einen der Unklarheitenregel erneut die allgemeine Bedeutung im Rahmen der Auslegung – unter Verweis auf das Reichsgericht – abgesprochen.⁴³⁹ Zum anderen erklärt der BGH aber auch, dass die von der Rechtsprechung⁴⁴⁰ für AGB entwickelten Grundsätze nicht unbesehen auf alle

⁴³² Siehe hierzu BGHZ 5, S. 111–116.

⁴³³ Thematisch ging es um Vertragsbedingungen einer Sport-Toto-Gesellschaft und nicht um Versicherungsbedingungen. Genauer befasste sich die Entscheidung mit der Auslegung von Klauseln, mit denen die Toto-Gesellschaft Regeln, die üblicherweise zur vertraglichen Leistungspflicht führen, für sich einschränken wollte. BGHZ 5, S. 111–116; Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 34.

⁴³⁴ Leitsatz zu BGHZ 5, S. 111. Unglücklicherweise ist ein vergleichbarer „Leitsatz“ oder Ähnliches den vom BGH (BGHZ 5, S. 111–116) zitierten Entscheidungen (RGZ 120, S. 18; 146, S. 26) nicht zu entnehmen. Vielmehr kann diesen nur entnommen werden, dass eine Auslegung gegen den Versicherer daher röhrt, dass dieser die Versicherungsbedingungen vorformuliert hat. Es lag in seiner Verantwortung die Bedingungen eindeutiger zu formulieren.

⁴³⁵ BGHZ 5, S. 111 (S. 115).

⁴³⁶ Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 34.

⁴³⁷ So HKK-BGB/Vogenauer, §§ 305–310 Rn. 33.

⁴³⁸ MDR 1962, S. 979.

⁴³⁹ MDR 1962, S. 979. Der BGH verweist an dieser Stelle auf die Reichsgerichtentscheidungen RGZ 116, S. 274 (S. 276); 131, S. 343 (S. 350).

⁴⁴⁰ In der zugrundliegenden Entscheidung werden leider keine Verweise auf andere Gerichtsurteile vorgenommen. Es bleibt somit offen, aus welchen Entscheidungen sich die Grundsätze entwickeln könnten.

Formularverträge Anwendung finden können.⁴⁴¹ Vor dem Hintergrund dieser Aussage scheint der Anwendungsbereich abgesteckt zu sein: Die Unklarheitenregel als Auslegungsgrundsatz gilt vordergründig nur für AGB. Sonstige Formularverträge⁴⁴² oder aber auch Individualverträge sollten dem Anwendungsbereich der Unklarheitenregel erst einmal entzogen sein. Anhand der Formulierung „unbesehen“ erscheint die Anwendung der Unklarheitenregel auf Fälle sonstiger Formular- oder Individualverträge nur nach einer rechtlichen Prüfung angemessen. Gleichwohl kann festgehalten werden, dass die Unklarheitenregel als Auslegungsgrundsatz primär für Fälle von AGB vorgesehen wurde.⁴⁴³

(cc) AGBG von 1976

(α) Reformbestrebungen des 20. Jahrhundert und Entstehung des AGBG

Die im 20. Jahrhundert verstärkt auftretenden Reformbestrebungen fanden ihr Ende in der Novellierung des AGBG von 1976. Seit den 1960er Jahren verdichtete sich aber bereits der Eindruck, dass es einer gesetzlichen Regelung für das Recht der AGB bedürfe.⁴⁴⁴ Das in der marktwirtschaftlichen Ordnung vorherrschende Ungleichgewicht zwischen Verbraucher und Anbieter sollte beseitigt werden; der Verbraucher als Nachfrager sollte gleich stark sein wie der Anbieter.⁴⁴⁵ Vor diesem Hintergrund machte ein Bericht der Bundesregierung⁴⁴⁶ vom

⁴⁴¹ MDR 1962, S. 979.

⁴⁴² Formularverträge dienten dazu, die Form des Geschäfts zu bestimmen. Sie dienen als Muster einer vollständigen Geschäftsurkunde. Im Unterschied zu AGB wollen sie nur als „Behältnis“ verstanden werden, welche im Gegensatz zu AGB nicht auf den Inhalt des Geschäfts einwirken wollten. Im Unterschied zu AGB wollten diese die ganze Parteierklärung wiedergeben, und nicht nur einen Teil des Vertragsinhaltes vorwegnehmen. Formularverträge waren regelmäßig Individualverträge, die durch die Verwendung von Formularen in eine gewisse Form gebracht wurden. BGH, 02.07.1962 – VIII ZR 12/61, MDR 1962, S. 979; Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 24.

⁴⁴³ Die Auslegung insbesondere von Versicherungsbedingungen stellte im Bereich der AGB den Hauptanwendungsfall dar. Für eine tiefergehende Auseinandersetzung – insbesondere im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Unklarheitenregel – siehe Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 154 ff.

⁴⁴⁴ Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer, Vorbemerkung §§ 305–310, Rn. 16 ff.

⁴⁴⁵ So BT-Drucks. VI/2724, S. 2.

⁴⁴⁶ Mit der Wahl zum 6. Bundestag am 28. September 1969 setzte sich die Bundesregierung aus den Parteien SPD (42,7 %) und FDP (5,8 %) in einer sozialliberalen Koalition zusammen, obwohl die Unionsparteien (46,1 %) weiterhin die stärkste Bundestagsfraktion bildeten (siehe hierzu unter https://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/fruchtere_bundestagswahlen/btw1969.html, zuletzt geprüft am 11.05.2023). Willy Brandt (*18.12.1913, †8. Oktober 1992) wurde Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland.

18. Oktober 1971 den Anfang.⁴⁴⁷ In diesem wurde erstmalig die Notwendigkeit festgeschrieben, den Verbraucher unter anderem wirksam vor unangemessenen Vertragsbedingungen schützen zu müssen.⁴⁴⁸

Begründet wurde die Notwendigkeit damit, dass sich der Verbraucher den AGB der anbietenden Wirtschaft „unterwirft“ und damit selbst keine Einwirkungsmöglichkeiten hat. Zwar bestanden zu diesem Zeitpunkt richterliche Kontrollmöglichkeiten in Form einer Inhaltskontrolle sowie Ansätze zur Selbstkontrolle der Wirtschaft.⁴⁴⁹ Jedoch erwiesen sich diese als unzureichend, um den Verbraucher ausreichend zu schützen.⁴⁵⁰ Speziell für das Recht der AGB bestehende Kontrollmöglichkeiten waren zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorgesehen. Infolgedessen hielt es die Bundesregierung in ihrem Bericht für unerlässlich, den Verbraucher vor unangemessenen Vertragsbedingungen wirksam zu schützen.⁴⁵¹

Durch den Vorstoß der Bundesregierung aus dem Jahre 1971 wurde im Jahre 1972 vom Bundesjustizminister *Gerhard Jahn* (SPD) eine Arbeitsgruppe (BJM-Arbeitsgruppe) eingesetzt. Diese beschäftigte sich mit Lösungen zur Verbesserung des Verbraucherschutzes gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen.⁴⁵² Im Jahre 1974 übergab die Arbeitsgruppe dem Bundesminister für Justiz als ihren Ersten Teilbericht einen Gesetzesentwurf zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.⁴⁵³ Nach den Stellungnahmen der Wirtschafts- und Verbraucherverbände sowie der Ressorts des Bundes und der Länder (Referentenentwurf I) wurde der Entwurf sodann an die Verbände der Wirtschaft und der Verbraucher weitergeleitet, was wiederum zu einer überarbeiteten Fassung (Referentenentwurf II) führte.⁴⁵⁴ Diese wurde sodann nach einer Abstimmung durch die beteiligten Ressorts und nach letzten Abänderungen als Regierungsentwurf beschlossen und dem Bundesrat zur Stellungnahme weitergeleitet.⁴⁵⁵

Neben dem zweiten Teilbericht der BJM-Arbeitsgruppe erschien 1975 ein von dem Bundesarbeitskreis Christlich-Demokratischer Juristen (BACDJ) stammender Gesetzesentwurf über Allgemeine Geschäftsbedingungen. Dieser sich nur in

⁴⁴⁷ BT-Drucks. VI/2724.

⁴⁴⁸ BT-Drucks. VI/2724, S. 2.

⁴⁴⁹ Vgl. BT-Drucks. 7/3200, S. 2.

⁴⁵⁰ Vgl. BT-Drucks. 7/3200, S. 2.

⁴⁵¹ BT-Drucks. VI/2724, S. 8.

⁴⁵² Hensen, FS Heinrichs, 1998, S. 335 ff.

⁴⁵³ Hensen, FS Heinrichs, 1998, S. 335, S. 341; StaudingerAGB/Schlosser, Vorbemerkung §§ 305 ff., Rn. 6; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer, Vorbemerkung §§ 305–310, Rn. 16 ff.

⁴⁵⁴ StaudingerAGB/Schlosser, Vorbemerkung §§ 305 ff., Rn. 6; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer, Vorbemerkung §§ 305–310, Rn. 16 ff.

⁴⁵⁵ StaudingerAGB/Schlosser, Vorbemerkung §§ 305 ff., Rn. 6; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer, Vorbemerkung §§ 305–310, Rn. 16 ff.

wenigen Bereichen unterscheidende Entwurf⁴⁵⁶ wurde sodann von der CDU/CSU-Fraktion in den Bundestag eingebracht.⁴⁵⁷ Zunächst beinhaltete der Entwurf einen materiell-rechtlichen Teil und zum anderen einen verfahrensrechtlichen. Im materiell-rechtlichen Teil lag der Fokus auf den Regelungen zur vertraglichen Vereinbarung von AGB, ihren Wirkungen im Rahmen des Vertrages sowie einer Auflistung unzulässiger Bestimmungen. Auf verfahrensrechtlicher Ebene war vorgesehen, Wirtschafts- und Verbraucherschutzverbände zu ermächtigen, Ansprüche auf Unterlassung der Verwendung unwirksamer Bestimmungen geltend zu machen.

Im August 1975 wurde der Regierungsentwurf dem Bundestag zugeleitet;⁴⁵⁸ im September 1975 fand die erste Lesung des Entwurfes statt.⁴⁵⁹ Hieran schlossen sich die Beratungen des Rechtsausschusses an.⁴⁶⁰ Dieser befasste sich noch einmal mit dem verfahrensrechtlichen Teil. Im Juni 1976 erfolgte die zweite und dritte Lesung durch den Bundestag, bevor sodann die Gesetzesvorlage verabschiedet wurde.⁴⁶¹

(β) Die Aufnahme einer Unklarheitenregel ins AGBG

In dem von der CDU/CSU-Fraktion eingebrachten Gesetzesentwurf war die Aufnahme einer Unklarheitenregel vorgesehen.⁴⁶²

§ 4 Unklarheitenregel

Zweifel bei der Auslegung eines Vertrages, die auf Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen beruhen, gehen zu Lasten der Vertragspartei, die die Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Vertrag zugrunde gelegt hat.⁴⁶³

Zur Begründung wurde angeführt, dass durch diese Vorschrift die durch die Rechtsprechung entwickelte Unklarheitenregel bei der Auslegung von AGB über-

⁴⁵⁶ Zusätzlich zum reinen Verbraucherschutz sollten auch die Kaufleute in den Schutzbereich miteinbezogen werden, Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, Vorbemerkung §§ 305–310, Rn. 16 ff.

⁴⁵⁷ BT-Drucks. 7/3200.

⁴⁵⁸ Hensen, FS Heinrichs, 1998, S. 335, S. 353; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, Vorbemerkung §§ 305–310, Rn. 19 ff.; BT-Drucks. 7/5412; BT-Drucks. 7/5422; BT-Drucks. 7/5617; BT-Drucks. 7/5636.

⁴⁵⁹ Hensen, FS Heinrichs, 1998, S. 335; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, Vorbemerkung §§ 305–310, Rn. 19 ff.

⁴⁶⁰ Siehe hierzu BT-Drucks. 7/5412; BT-Drucks. 7/5422; BT-Drucks. 7/5617; BT-Drucks. 7/5636; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, Vorbemerkung §§ 305–310, Rn. 19 ff.

⁴⁶¹ Siehe hierzu BT-Drucks. 7/5412; BT-Drucks. 7/5422; BT-Drucks. 7/5617; BT-Drucks. 7/5636; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, Vorbemerkung §§ 305–310, Rn. 19 ff.

⁴⁶² BT-Drucks. 7/3200, S. 3, S. 10 f.

⁴⁶³ BT-Drucks. 7/3200, S. 3.

nommen werden würde.⁴⁶⁴ Allerdings unterlag die Vorschrift der Einschränkung, dass sich die Frage der Unklarheit erst nach Auslegung des Gesamtvertragswerks stellt. Verbliebe nach alledem eine Unklarheit, so solle diese zulasten dessen gehen, der sich klarer hätte ausdrücken können.⁴⁶⁵

Eine vergleichbare Regelung war in dem von der Bundesregierung eingereichten Gesetzesentwurf nicht vorgesehen.⁴⁶⁶ Vielmehr wurde erst durch die Stellungnahme des Bundesrates die Aufnahme einer Unklarheitenregel vorgeschlagen. Es sollte nach dem § 4 (Vorrang der Individualabrede) der § 4a (Unklarheitenregel) eingefügt werden:⁴⁶⁷

§ 4a Unklarheitenregel

Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.⁴⁶⁸

Begründet wurde die Aufnahme damit, dass es sich bei dieser Auslegungsmaxime um eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung⁴⁶⁹ handelte.⁴⁷⁰ Diese dürfe in einem Gesetz, das die Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Gegenstand habe, nicht fehlen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass bei der Auslegung von unklaren AGB die allgemeinen Grundsätze, die für Individualverträge Anwendung finden, gelten müssten. Aufgrund des ungleichen Kräfteverhältnisses zwischen Kunde und Verwender im Rahmen der Vertragsgestaltung sollte das Risiko bei Auslegungszweifeln beim AGB-Verwender verbleiben.

In Bezug auf die Angst der Bundesregierung, dass durch die Aufnahme einer Unklarheitenregel die Gefahr „einer verdeckten Inhaltskontrolle“ bestünde, äußerte sich der Bundesrat wie folgt. Zwar bedienten sich in der Vergangenheit die Richter der Unklarheitenregel, um ungeprüft eine Unklarheit anzunehmen und so im Rahmen der Auslegung AGB zu korrigieren.⁴⁷¹ Jedoch würde diese Gefahr dadurch gebannt, „dass die im Gesetz nunmehr abgesicherte Inhaltskontrolle nach den Maßstäben der Generalklausel und der zahlreichen relativ und absolut unzulässigen Klauseln zu einem Abgehen von dieser unerwünschten, weil ver-

⁴⁶⁴ BT-Drucks. 7/3200, S. 3, S. 10f.

⁴⁶⁵ BT-Drucks. 7/3200, S. 3, S. 10f.

⁴⁶⁶ BT-Drucks. 7/3919.

⁴⁶⁷ BT-Drucks. 7/3919, Anlage 2, S. 47.

⁴⁶⁸ BT-Drucks. 7/3919, Anlage 2, S. 47.

⁴⁶⁹ Welche Entscheidungen mit der Beschreibung „gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung“ gemeint sind, geht nicht aus dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung hervor. Dagegen wird in dem von der CDU/CSU-Fraktion einbrachten Gesetzesentwurf auf die Entscheidungen BGHZ 5, S. 111; 22, S. 96 verwiesen.

⁴⁷⁰ Zu Folgendem siehe BT-Drucks. 7/3919, Anlage 2, S. 47; *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 26f.; v. Westphalen/*Thüsing/Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Rn. 34.

⁴⁷¹ *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 265.

deckten Kontrolltätigkeit führen wird“.⁴⁷² Ziel der Unklarheitenregel sei vielmehr, den Verwender von AGB zu einer klareren, deutlicheren Ausdrucksweise zu bewegen.⁴⁷³

In der Gegenäußerung der Bundesregierung wurde sodann dem Vorschlag widersprochen.⁴⁷⁴ Die Bundesregierung war der Ansicht, dass die von der Rechtsprechung entwickelte Unklarheitenregel das Rangverhältnis bei der Anwendung von Auslegungsregeln umgehen würde. Die Unklarheitenregel sei eine speziell für AGB entwickelte Auslegungsregel, die erst eingreife, wenn durch die übrigen Auslegungsregeln kein eindeutiges Ergebnis erzielt würde. Eine Aufnahme in das AGBG würde das Risiko bergen, dass der subsidiäre Charakter nicht mehr beachtet wird. Zudem sei problematisch, dass die Aufnahme einer Unklarheitenregel die Anwendung und Fortentwicklung einer offenen Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen eher hindert als fördert; die Gefahr einer verdeckten Inhaltskontrolle wäre nicht gemindert. Als letzten Punkt führt die Bundesregierung an, dass es nicht – wie vom Bundesrat angeführt – zu einer Fehlinterpretation seitens der Anwendung der Auslegungsregeln im Rahmen von AGB kommen würde. Dies wurde damit begründet, dass ansonsten noch weitere Auslegungsregeln speziell für AGB kodifiziert werden müssten. Das Fehlen einer Unklarheitenregel würde nicht dazu führen, dass der Rechtsanwender die Auslegungsregeln für Individualverträge anwenden würde.

Nachdem der Bundesrat und die Bundesregierung jeweils Stellungnahmen abgegeben hatten, befasste sich der Rechtsausschuss des Bundestages mit dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung.⁴⁷⁵ In seinem Bericht erklärte er, dass er den Regierungsentwurf an einzelnen Stellen für ergänzungsbedürftig hielt.⁴⁷⁶ Insbesondere befürworte er die Aufnahme einer Unklarheitenregel. Dies begründet er vor allem mit der angestrebten Risikoverteilung zugunsten des Kunden. Bestehe bei einem Individualvertrag eine Unklarheit, so könne diese unter Umständen durch die Erforschung des gemeinsamen Parteiwillens aufgeklärt werden; beide Parteien tragen das gleiche Risiko der Klarheit des Vertrages. Sind aber AGB Bestandteile des Vertrages geworden, erscheine eine solche beiderseitige Risikoverteilung nicht angemessen. Dies sei dem Umstand geschuldet, dass nur eine

⁴⁷² BT-Drucks. 7/3919, Anlage 2, S. 47.

⁴⁷³ BT-Drucks. 7/3919, Anlage 2, S. 47.

⁴⁷⁴ Zu Folgendem siehe BT-Drucks. 7/3919, Anlage 2, S. 60.

⁴⁷⁵ Der Rechtsausschuss hat auf Grundlage des Regierungsentwurfs beraten. Eine Entscheidung für einen der beiden Entwürfe war erforderlich, da die Entwürfe in der Frage der Klauselverbote wesentliche Unterschiede aufwiesen. Zugunsten des Regierungsentwurfs wurde angeführt, dass dieser anstatt die Klauselverbote nach Lebenssachverhalten zuzuordnen, diese in zwei Paragraphen zusammenfasste. Differenziert wurde sodann zwischen unwirksamen Klauseln mit und ohne Wertungsspielraum. BT-Drucks. 7/5422, S. 2.

⁴⁷⁶ Zum Folgenden siehe BT-Drucks. 7/5422, S. 2, S. 5.

Partei – der Verwender – auf die Formulierung und inhaltliche Ausgestaltung der AGB-Einfluss genommen hat. Die gegnerische Partei – der Kunde – hatte keinen Einfluss. Das Ziel eines AGBG müsse aber sein, dass der Kunde vor unangemessenen Vertragsbedingungen geschützt werde. Dies könne nur mittels vergleichbarer Vorschriften wie der Unklarheitenregel erreicht werden. Derjenige, der mehr Einfluss auf die Ausgestaltung hat, der solle auch das Risiko für die Klarheit des geschlossenen Vertrages tragen.

Der Rechtsausschuss war des Weiteren der Ansicht, dass durch die Aufnahme einer Unklarheitenregel der Verwender dazu angehalten würde, in Zukunft klarer und eindeutiger zu formulieren. Dies sei die einzige Möglichkeit, dem Risiko der Auslegung zu seinen Lasten zu entgehen. In Bezug auf die Auslegung würde der Unklarheitenregel aber stets ein subsidiärer Charakter innwohnen. Die sonstigen Auslegungsregeln verlören nicht an Gültigkeit und seien nach wie vor anwendbar.

(γ) Festschreibung in § 5 AGBG und Anwendungsbereich

Ungeachtet der vorstehenden Bedenken hat der AGBG-Gesetzgeber die Unklarheitenregel in § 5 festgeschrieben. Nach dem Vorschlag des Bundesrates und des Rechtsausschusses fand die Unklarheitenregel Einzug in den Entwurf.⁴⁷⁷ Im Bundesgesetzblatt vom 15. Dezember 1976 (Nr. 142)⁴⁷⁸ wurde schließlich das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) verkündet. Die Unklarheitenregel wurde in § 5 AGBG aufgenommen.

§ 5 Unklarheitenregel

Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.

Eine Einschränkung hinsichtlich des Anwendungsbereiches wurde nicht vorgenommen. § 5 AGBG sollte sich auf AGB gleich welcher Vertragsart beziehen.⁴⁷⁹ Zudem sollte die Regel sowohl zwischen Verbraucher und Unternehmer als auch im beiderseits unternehmerischen Verkehr anwendbar sein.⁴⁸⁰ § 5 AGBG hatte indessen nicht zum Ziel, jeden Zweifel bei der Auslegung zulasten des Verwenders zu beseitigen, sondern sollte nur eingreifen, soweit nach der objektiven Auslegung Zweifel verbleiben.⁴⁸¹ Voraussetzung sollte stets sein, dass die objektive

⁴⁷⁷ BT-Drucks. 7/3919, S. 47, S. 60; siehe hierzu auch *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 26 f.; v. *Westphalen/Thüsing/Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke Rn. 34; *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer*, § 305c Rn. 67 ff.

⁴⁷⁸ Bundesgesetzblatt Teil I, Z 1997 A, ausgegeben zu Bonn am 15. Dezember 1976, Nr. 142.

⁴⁷⁹ *Staudinger/Schlosser* (1998), § 5 AGBG Rn. 2.

⁴⁸⁰ *HKK-BGB/Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 33; *Staudinger/Schlosser* (1998), § 5 AGBG Rn. 2.

⁴⁸¹ *Sambuc*, NJW 1981, S. 313 (S. 314).

Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis kommt – die Unklarheitenregel wurde als subsidiärer Auslegungsgrundsatz anerkannt.⁴⁸²

(δ) Zusammenfassung

Die Reformbestrebungen für einen besseren Schutz des Verbrauchers mündeten in dem Inkrafttreten des AGBG. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens bestand jedoch Streit in Bezug auf die Aufnahme einer Unklarheitenregel in das AGBG. Vor allem die Bundesregierung und der Bundesrat hatten unterschiedliche Vorstellungen hinsichtlich einer solchen Aufnahme. Insbesondere die Angst vor einer verdeckten Inhaltskontrolle, aber auch die Bedenken, dass das Rangverhältnis zu den sonstigen Auslegungsregeln nicht mehr gewahrt werden würde, verzögerten die Einführung einer Unklarheitenregel. Im Ergebnis überwogen allerding die positiven Aspekte einer Unklarheitenregel. Mit der Aufnahme einer Unklarheitenregel in das AGBG wurde erhofft, den Verbraucher noch besser vor unangemessenen Vertragsbedingungen schützen zu können. Wesentliche Argumente waren, dass die Unklarheitenregel bereits einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung entsprach und ein derartiger Grundsatz in einem Gesetz für das Recht von AGB nicht fehlen dürfe.⁴⁸³ Andernfalls bestünde die Gefahr, dass für die Auslegung von unklaren AGB die allgemeinen Regeln für Individualverträge Anwendung finden könnten. Dagegen vermochte die Unklarheitenregel für AGB eine gerechtere Risikoverteilung zu gewährleisten.⁴⁸⁴ Zuletzt erhofften sich die Beteiligten, dass sich durch die Aufnahme der Verwender verpflichtet sehen würde, klarer zu formulieren, um damit einer Auslegung zu seinen Lasten zu entgehen.

(dd) Einflüsse auf die Unklarheitenregel seit Inkrafttreten des AGBG

Seit dem Inkrafttreten des AGBG unterlag die Unklarheitenregel verschiedenen Einflüssen. Diese ergaben sich bspw. durch europäische Richtlinien wie die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherträgen (RL 93/13/EWG) oder durch das im Jahr 2001 hervorgebrachte Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (SMG).

(α) RL 93/13/EWG

Ein Ergebnis der Tendenzen zur Vereinheitlichung des AGB-Rechts auf europäischer Ebene ist die Klausurrichtlinie RL 93/13/EWG.⁴⁸⁵ Die Richtlinie 93/13/

⁴⁸² BGH NJW 1978, S. 629; BGH NJW 1979, S. 2148; *Sambuc*, NJW 1981, S. 313 (S. 314); Staudinger/Schlosser (1998), § 5 AGBG Rn. 5a.

⁴⁸³ *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 27.

⁴⁸⁴ *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 27.

⁴⁸⁵ ABI. EG 1993 L 95, 29 ff.; siehe auch BeckOGK BGB/*Lehmann-Richter*, § 305 Rn. 42 f.

EWG befasste sich mit der Thematik missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen. Ziel der Richtlinie war es, zwischen den Vertragsparteien wieder ein Gleichgewicht herzustellen;⁴⁸⁶ es sollte zu keinem ungleichen Kräfteverhältnis mehr kommen. In der RL 91/13/EWG regelt Art. 5 S. 2, dass bei Zweifeln über die Bedeutung einer Klausel die für den Verbraucher günstigste Auslegung gilt.⁴⁸⁷

Art. 5 RL 93/13/EWG

Sind alle dem Verbraucher in Verträgen unterbreiteten Klauseln oder einige dieser Klauseln schriftlich niedergelegt, so müssen sie stets klar und verständlich abgefasst sein. Bei Zweifeln über die Bedeutung einer Klausel gilt die für den Verbraucher günstigste Auslegung. Diese Auslegungsregel gilt nicht im Rahmen der in Artikel 7 Absatz 2 vorgesehenen Verfahren.

Mit der Aufnahme von Art. 5 RL 93/13/EWG fand somit die Unklarheitenregel Einzug in das europäische Sekundärrecht.⁴⁸⁸ Vorgesehen war sie für alle Arten von Verbraucherverträgen – ungeachtet dessen, ob Klauseln nur zur einmaligen Verwendung angedacht waren.⁴⁸⁹ Eine Einschränkung wurde dahingehend vorgenommen, dass die Regel nur im Individual-, nicht aber im Verbandsprozess anwendbar war.⁴⁹⁰ Nach dem Wortlaut der Richtlinie sollte bei Zweifeln über die Bedeutung einer Klausel die für den Verbraucher günstigste Auslegung gelten.

Dies führte zu der Frage, ob die deutsche Rechtsprechung und damit auch die in der deutschen Rechtspraxis vollzogene Auslegung mit der in der Richtlinie vorgegebenen Auslegung vereinbar war.⁴⁹¹ Hintergrund dieser Frage war der folgende Umstand. Nach Art. 5 RL 13/93/EWG war vorgesehen, dass im Rahmen der Auslegung in Individualprozessen die kundenfreundlichste Auslegung angestrebt werden sollte. Im Bereich von Verbandsprozessen sollte diese Auslegungsregel wiederum nicht angestrebt werden – hier war eine kundenfeindliche Auslegung angedacht. Inhaltlich stimmte Art. 5 S. 2 RL 93/13/EWG mit der Vorschrift des § 5 AGBG überein, wenn auch die Richtlinie eine andere Begrifflichkeit als § 5 AGBG verwendete („*gilt die für den Verbraucher günstigste Auslegung*“).⁴⁹² Nach dem Inkrafttreten des § 5 AGBG wurde auch zunächst nach der kundenfreundlichsten Auslegung verfahren. – gleichwohl, ob es unter Umständen bei der kundenfeindlichsten Auslegung zur Unwirksamkeit nach § 9 ff.

⁴⁸⁶ BeckOGK BGB/*Lehmann-Richter*, § 305 Rn. 42.

⁴⁸⁷ AbI. EG 1993 L 95, 29 ff.; v. Westphalen/Thüsing/*Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Rn. 35.

⁴⁸⁸ v. Westphalen/Thüsing/*Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Rn. 35.

⁴⁸⁹ HKK-BGB/*Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 34.

⁴⁹⁰ v. Westphalen/Thüsing/*Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Rn. 35.

⁴⁹¹ Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, § 305c Rn. 67 ff.

⁴⁹² Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, § 305c Rn. 67 ff.

AGBG (Inhaltskontrolle) gekommen wäre.⁴⁹³ Diesem Umstand geschuldet wurde in Literatur⁴⁹⁴ und Rechtsprechung⁴⁹⁵ die Zustimmung für ein neues methodisches Vorgehen im Falle von unklaren Klauseln erklärt. Im Individualprozess wurden unklare Klauseln im Hinblick auf die Auslegung nach § 5 AGBG einer zweistufigen Auslegung unterzogen.⁴⁹⁶ Zuerst wurde im kundenfeindlichsten Sinne ausgelegt.⁴⁹⁷ Im Anschluss daran wurde diese Auslegung einer Inhaltskontrolle unterworfen.⁴⁹⁸ Soweit dies nicht zu einer Unwirksamkeit der Klausel führte, wurde dann erst die kundenfreundlichste Auslegung vorgenommen.⁴⁹⁹

Dieses Vorgehen war allerdings nicht vom Wortlaut des Art. 5 S. 2 RL 93/13/EWG gedeckt; dieser sah im Individualprozess nur die kundenfreundlichste Auslegung vor. In Bezug auf die Frage nach der Vereinbarkeit dieses Vorgehens mit der Richtlinie 93/13/EWG bestand aber Einigkeit dahingehend, dass die kundenfeindlichste Auslegung auch im Individualprozess gelten sollte.⁵⁰⁰ Allerdings kam aufgrund des damaligen Stands der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften nur eine teilweise Harmonisierung in Betracht.⁵⁰¹ Den Mitgliedsstaaten sollte es freigestellt werden, dem Verbraucher einen besseren Schutz durch strengere einzelstaatliche Vorschriften als den in der Richtlinie enthaltenen Vorschriften zu gewähren.⁵⁰²

⁴⁹³ Bei der Anwendung der Unklarheitenregel musste beachtet werden, dass soweit eine kundenfreundliche Auslegung vorgenommen wurde, diese den Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle komplett einzuschränken vermochte. Dies führte dazu, dass auch der Kundenschutz nicht mehr gewährleistet war. Allein mithilfe der Unklarheitenregel konnte nämlich die Klausel so „gedreht“ werden, dass diese zugunsten des Kunden wirkte. Dies hatte zur Folge, dass der Vertrag zwar wirksam war, jedoch im Falle einer Inhaltskontrolle als unwirksam hätte abgetan werden können. Die Unklarheitenregel konnte folglich Klauseln vor einer Inhaltskontrolle „schützen“. Mithin entwickelte sich die kundenfeindlichste Auslegung, welche sodann Gegenstand der Inhaltskontrolle wurde. Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, § 305c Rn. 90; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau*, § 305c Rn. 101 ff.

⁴⁹⁴ MüKoBGB/*Basedow*, § 305c Rn. 49; Grüneberg/*Grüneberg*, § 305c Rn. 18; ErmanBGB/*Roloff*, § 305c Rn. 28; StaudingerBGB/*Schlosser*, § 305c Rn. 92 ff.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau*, § 305c Rn. 101 ff.

⁴⁹⁵ BGH NJW 1992, S. 1097 (S. 1099); 2011, S. 139 (S. 141); ZIP 1995, S. 759; ZIP 2012, S. 576.

⁴⁹⁶ Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, § 305c Rn. 66a, 90.

⁴⁹⁷ Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, § 305c Rn. 66a, 90.

⁴⁹⁸ BeckOGK BGB/*Bonin*, § 305c Rn. 137 ff.; v. Westphalen/*Thüsing/Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Rn. 35; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, § 305c Rn. 64 ff.

⁴⁹⁹ BeckOGK BGB/*Bonin*, § 305c Rn. 137 ff.; v. Westphalen/*Thüsing/Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Rn. 35; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, § 305c Rn. 64 ff.

⁵⁰⁰ MüKoBGB/*Basedow*, § 305c Rn. 48 ff.; Grüneberg/*Grüneberg*, § 305c Rn. 18; jeweils m.w.N. BGH NJW 1992, S. 1097 (S. 1099); NJW 1994, S. 1798, S. 1799; NJW 2008, S. 987.

⁵⁰¹ So in den Erwägungsgründen der Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993.

⁵⁰² So in den Erwägungsgründen der Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993.

Mithin gab die Richtlinie nur Mindestanforderungen an die Umsetzung vor, wodurch es jedem Mitgliedsstaat freistand, weitere Schutzvorschriften zu schaffen.⁵⁰³

Des Weiteren wurde die Formulierung in Art. 5 S. 2 RL 93/13/EWG so verstanden, dass eine zweistufige – zuerst kundenfeindliche und sodann kundenfreundliche – Überprüfung der Klausel am Ende für den Kunden stets kundenfreundlich und damit positiv ausfalle.⁵⁰⁴ In Bezug auf die nationale Unklarheitenregel habe diese Auslegungsmethode den Vorteil, dass sie dem Normzweck von § 5 AGBG am besten entspreche.⁵⁰⁵ Weiter würde damit auch einer Verkürzung des Anwendungsbereiches der Inhaltskontrolle vorgebeugt.⁵⁰⁶

Die Klauselrichtlinie RL 93/13/EWG wurde sodann im Jahre 1996 durch die AGBG-Novelle in das deutsche Recht umgesetzt.⁵⁰⁷ Der Umsetzungsbedarf war hierbei sehr gering, da die Richtlinie in Deutschland bereits auf ein etabliertes AGBG stieß.⁵⁰⁸ Ebenso wie das deutsche AGBG beschränkte sich auch die Richtlinie auf die Unklarheitenregel – sonstige Auslegungsregeln wurden nicht aufgenommen.⁵⁰⁹ Im Verhältnis zu den sonstigen Auslegungsregeln wurde der Unklarheitenregel eine nachrangige Funktion zugesprochen („*bei Zweifeln über die Bedeutung*“).⁵¹⁰ Der Unklarheitenregel sollte kein Vorrang gegenüber den sonstigen nationalen Auslegungsregeln eingeräumt werden.⁵¹¹ In Bezug auf die Einschränkung des Art. 5 S. 2 RL 93/13/EWG, im Individualprozess nur eine kundenfreundliche Auslegung vorzunehmen, bestand Einigkeit, die zweistufige Auslegung beizubehalten.⁵¹² Gerade mithilfe der kundenfeindlichsten Auslegung konnte ein „besserer“ Verbraucherschutz sichergestellt werden, indem auch in einer solchen Auslegung die für den Verbraucher günstigste zu sehen war.⁵¹³

(β) Überführung des AGB-Rechts in das BGB – § 305c Abs. 2 BGB

Die Überführung von § 5 AGBG in die heutige Norm des § 305c Abs. 2 BGB erfolgte durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (SMG) von

⁵⁰³ v. Westphalen/Thüsing/*Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Rn. 35.

⁵⁰⁴ v. Westphalen/Thüsing/*Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Rn. 35.

⁵⁰⁵ Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer, § 305c Rn. 90.

⁵⁰⁶ Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer, § 305c Rn. 90.

⁵⁰⁷ Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung v. 19.07.1996, Bundesgesetzblatt 1996 I Nr. 36, S. 1013 ff.

⁵⁰⁸ BeckOGK BGB/Lehmann-Richter, § 305 Rn. 42f., 46f.

⁵⁰⁹ Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer, Rn. 69 ff.

⁵¹⁰ BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 138; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau, § 305c Rn. 144 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer, Rn. 69.

⁵¹¹ BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 138.

⁵¹² Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer, § 305c Rn. 69; vgl. MüKo/Basedow, § 305c Rn. 28; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau, § 305c Rn. 144 ff.

⁵¹³ Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer, § 305c Rn. 69.

2001.⁵¹⁴ Seit dem Inkrafttreten des BGB waren einzelne Vorschriften des Schuldrechts – wie z.B. das Leistungsstörungsrecht oder auch das Kauf-/Werkvertragsrecht – in den „Grundzügen auf dem Stand des Inkrafttretens des BGB stehen geblieben“.⁵¹⁵ Neben diese reformbedürftigen Vorschriften traten sodann europäische Richtlinien,⁵¹⁶ welche zur Änderung des geltenden nationalen Schuldrechts zwangen.⁵¹⁷ Daraufhin wurde das deutsche Schuldrecht nicht nur nach den Vorgaben der Richtlinien modernisiert, sondern darüber hinaus auch um schuldrechtliche Verbraucherschutzvorschriften und AGB-Regeln erweitert.⁵¹⁸

An dieser Stelle von Interesse ist die Einfügung des materiell-rechtlichen Teils des AGB-Gesetzes in das BGB. Verortet wurde er hinter den allgemeinen Regelungen für Schuldverhältnisse aus Verträgen. Die Aufnahme in das BGB sollte sicherstellen, dass die Parteien im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit nicht gegen die geltenden Regeln des Schuldrechts verstößen.⁵¹⁹ Der „Vertragsgestaltungsfreiheit“ sollte dort Einhalt geboten werden, wo die Benachteiligung einer Partei aufgrund der aufgestellten Vertragsbedingungen zu befürchten war.⁵²⁰ Die Normen wurden größtenteils unverändert übernommen – sowohl in Bezug auf ihren Wortlaut als auch in Bezug auf die Reihenfolge.⁵²¹ Lediglich an einzelnen Stellen mussten geringe Änderungen vorgenommen werden.⁵²² § 5 AGBG wurde im Zusammenhang mit der Integration in § 305c Abs. 2 BGB eingefügt. Dieser neue Absatz entspricht wörtlich dem bisherigen § 5 AGBG. In Hinsicht auf den Anwendungsbereich erfuhr § 305c Abs. 2 BGB keine Änderung.

In Bezug auf die Richtlinie RL 93/13/EWG hatte Deutschland als Mitgliedsstaat der EU nach Art. 288 Abs. 3 AEUV die Wahl, wie es die Richtlinie in das nationale Recht transponiert. Deutschland hat es in diesem Zusammenhang genutzt, dass die Richtlinie auf ein etabliertes AGBG stieß.⁵²³ Der deutsche Gesetzgeber wollte dessen bewährte Struktur und Begriffe bei der Umsetzung nicht aufgeben.⁵²⁴ Vor diesem Hintergrund beschränkte sich der deutsche Gesetzgeber bei

⁵¹⁴ BT-Drucks. 14/6040.

⁵¹⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 1.

⁵¹⁶ Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999 und Zahlungsverzugsrichtlinie 2000/35/EG vom 29. Juni 2000.

⁵¹⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 2.

⁵¹⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 2.

⁵¹⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 149.

⁵²⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 149.

⁵²¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 150.

⁵²² BT-Drucks. 14/6040, S. 150.

⁵²³ BeckOGK BGB/*Lehmann-Richter*, § 305 Rn. 43; MüKoBGB/*Fornasier*, Vorbermerkung § 305 Rn. 17 ff.

⁵²⁴ BeckOGK BGB/*Lehmann-Richter*, § 305 Rn. 43; MüKoBGB/*Fornasier*, Vorbermerkung § 305 Rn. 17 ff.

der Umsetzung der Richtlinie auf ein Minimum, sodass sich in der Folge die Richtlinie und die §§ 305 ff. BGB konzeptionell in Teilen unterscheiden.⁵²⁵

(γ) Zusammenfassung

Sowohl die Richtlinie 93/13/EWG als auch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts nahmen Einfluss auf die Unklarheitenregel – wenn auch in einem geringen Maße. Durch die Richtlinie 93/13/EWG fand die Unklarheitenregel Einzug in das europäische Sekundärrecht. Die Pflicht zur Vereinheitlichung des EU-Rechts „zwang“ alle Mitgliedsstaaten, für Verbraucherverträge eine dem Art. 5 RL 93/13/EWG entsprechende Norm aufzunehmen. In Deutschland bestand zwar zu dieser Zeit bereits eine vergleichbare Norm (§ 5 AGBG), sodass es keiner größeren Umsetzung bedurfte. Jedoch kam es zu Fragen hinsichtlich der Vereinbarkeit mit der auf nationaler Ebene gehandhabten Auslegung. Ansonsten wurde durch die Richtlinie kein tiefer gehender Einfluss auf § 5 AGBG ausgeübt.

Durch das SMG von 2001 wurde sodann die Integration des AGBG als Sondergesetz in das BGB vollzogen. Ziel sollte sein, das Schuldrecht übersichtlicher zu gestalten und zudem an der Kontrolle schuldrechtlicher Verträge weiter mitzuwirken. Die bis dahin in § 5 AGBG verortete Unklarheitenregel wurde wortgleich in § 305c Abs. 2 BGB eingefügt. Hinsichtlich des Anwendungsbereiches wurden keine Änderungen vorgenommen.

Mithin erfuhr die Unklarheitenregel keine maßgeblichen Veränderungen, die bspw. ihren Anwendungsbereich einschränkten oder erweiterten. Für die „deutsche“ Unklarheitenregel waren die Einflüsse seit dem Inkrafttreten vielmehr deklaratorischer bzw. bestätigender Natur. Durch die Richtlinie 93/13/EWG wurde das bereits in Deutschland erkannte Erfordernis einer Unklarheitenregel auf europäischer Ebene erweitert.

(2) Zwischenergebnis

Der vorstehende Abschnitt sollte insbesondere dazu dienen, darzulegen, was sich für eine Regelungsabsicht hinter der Norm des § 305c Abs. 2 BGB verbirgt. Hierfür wurden die Geschichte der allgemeinen Unklarheitenregel sowie die Entwicklung der Unklarheitenregel im AGB-Recht bis zur Einfügung des § 5 AGBG in die Norm des § 305c Abs. 2 BGB aufgearbeitet. Zu beachten ist stets, dass die Unklarheitenregel dabei keine „Erfindung“ des AGBG gewesen ist, sondern vielmehr ihre Wurzeln bis weit in das römische Recht zurückreichen.⁵²⁶ Die

⁵²⁵ Dies hat zur Folge, dass die Ermittlung von Umsetzungsdefiziten erschwert ist. Da der BGB-Gesetzgeber die bewährte Struktur und die Begriffe übernommen hat, decken sich diese nur partiell mit der Klauselrichtlinie, was wiederum einer richtlinienkonformen Auslegung entgegensteht. BeckOGK BGB/Lehmann-Richter, § 305 Rn. 43.

⁵²⁶ BeckOK BGB/H. Schmidt, § 305c Rn. 42; Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 1 ff.

Regelungsabsicht des nationalen Gesetzgebers und die damit einhergehende Beschränkung des Anwendungsbereiches sind dagegen das Ergebnis des Umgangs mit der Unklarheitenregel auf nationaler Ebene.

Die Regelungsabsicht des § 305c Abs. 2 BGB besteht darin, eine Risikoverteilung zulasten des Verwenders von AGB vorzunehmen.⁵²⁷ Dies ist dem Umstand geschuldet, dass bei einem Individualvertrag regelmäßig beide Parteien das Risiko für die Klarheit des Vertrages tragen (§§ 133, 157 BGB), während im Falle von AGB aufgrund der alleinigen Ausgestaltung des Verwenders das Risiko beim Vertragspartner verbleibt.

Im Vergleich zu den sonstigen Auslegungsregeln findet die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB nur im Rahmen des AGB-Rechts Anwendung.⁵²⁸ Allerdings setzt die Anwendung wiederum voraus, dass die unklare Bestimmung zunächst nach den anerkannten Methoden ausgelegt wird,⁵²⁹ die Unklarheitenregel ist eine nachrangige bzw. subsidiäre Auslegungsregel.⁵³⁰ Was die Ausweitung der Unklarheitenregel auf außerhalb des AGB-Rechts liegende Sachverhalte betrifft, haben bereits die Verfasser des BGB dieser eine allgemeine Berechtigung abgesprochen.⁵³¹ Für Willenserklärungen oder sonstige Rechtsgeschäfte – wie bspw. Individualverträge – sollten lediglich die Auslegungsregeln der §§ 133 und 157 BGB herangezogen werden. Die Verfasser des BGB hielten es für zu ungewiss, ob die Unklarheitenregel anstatt einer Wahrscheinlichkeitsrechnung nicht doch eine Strafvorschrift darstellte, da der Verfasser des jeweiligen Vertrages mit einer Auslegung zu seinen Lasten zu rechnen hatte.⁵³² Die Unklarheitenregel als allgemeine Auslegungsregel anzuerkennen, wurde abgelehnt.⁵³³

Zum derzeitigen Stand der Untersuchung besteht die (ursprüngliche) Regelungsabsicht des Gesetzgebers mit § 305c Abs. 2 BGB darin, eine nur für das Recht der AGB geltende Auslegungsregel zur Verfügung zu stellen. Das Ziel der

⁵²⁷ BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 69.

⁵²⁸ Vgl. MüKoBGB/Basedow, § 305c Rn. 28; Jauernig/Stadler, § 305c Rn. 5 ff.; BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 69 ff.; NK-BGB/Andreas Kollmann, § 305c Rn. 32 ff.

⁵²⁹ BGH NJW 2004, S. 2589 (S. 2590); NJW 2006, S. 2545 (S. 2546) (Nr. 12 ff.); BB 2007, S. 234 (S. 236) (Nr. 23) = NJW 2007, S. 504 (S. 506); NJW 2013, S. 291, Nr. 16; NJW 2017, S. 3649 Nr. 26; BeckOGK BGB/Bonin § 305c Rn. 70; NK-BGB/Andreas Kollmann, § 305c Rn. 32a.

⁵³⁰ BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 70.

⁵³¹ Jakobs/Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte, BGB AT/1, S. 687 ff.; Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437.

⁵³² Jakobs/Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte, BGB AT/1, S. 687 ff.; Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437.

⁵³³ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 438.

Norm liegt in dem Ausgleich des Kräfteverhältnisses zwischen demjenigen, der die Klausel vorformulierte, und demjenigen, der sich dieser unterwirft.

Neben der Aufarbeitung der Regelungsabsicht zu § 305c Abs. 2 BGB ging es aber auch um die Frage, ob das Gesetz hinsichtlich einer Unklarheitenregel für unklare automatisierte Willenserklärungen lückenhaft ist.⁵³⁴ Fraglich war insoweit, ob es an einer Auslegungsnorm „fehlt“.⁵³⁵

Beginnend mit der Unklarheitenregel in § 305c Abs. 2 BGB wurde festgestellt, dass diese Auslegungsregel allein auf den Bereich von AGB beschränkt ist;⁵³⁶ eine unmittelbare Anwendung auf sonstige Fälle scheidet somit aus.⁵³⁷ Die Norm kann nicht unmittelbar als Auslegungsnorm für unklare (automatisierte) Willenserklärungen dienen.

Die allgemeinen Auslegungsnormen §§ 133, 157 BGB fungieren derweil als Richtschnur der Auslegung und geben das Auslegungsziel vor: Erforschung des wirklichen Willens bzw. des Gesamtinhaltes der getroffenen Vereinbarung.⁵³⁸ Im Falle von Unklarheiten im Vertrag sehen sie allerdings nicht die Risikoverteilung zulasten einer Partei vor, sondern bürden beiden Parteien das Risiko für die Klarheit des Vertrages auf.⁵³⁹ Dies kann am Beispiel von mehrdeutigen Begriffen verdeutlicht werden. In diesem Fall decken sich zwar die Erklärungen äußerlich. Die Auslegung über §§ 133, 157 BGB ergibt aber, dass einer (oder mehrere) der verwandten Begriffe mehrdeutig ist und beide Parteien diesem ein unterschiedliches Verständnis zugrunde gelegt haben. Im Ergebnis stehen zwei unterschiedlich vertretbare Auslegungen.⁵⁴⁰ Damit liegt in solch einem Fall zumeist ein versteck-

⁵³⁴ Definiert wurde die Unvollständigkeit als das Fehlen eines Rechtssatzes innerhalb des Gesetzes. Zu untersuchen war damit die Unvollständigkeit im Bestand des Gesetzes, *Elze*, Lücken im Gesetz, S. 12 ff.

⁵³⁵ Sonstige ungeschriebene Auslegungsgrundsätze wie bspw. die objektive Auslegung oder die ergänzende Auslegung können und sollen nicht herangezogen werden, da das Kriterium der Unvollständigkeit hier als ein Fehlen eines Rechtssatzes innerhalb des geschriebenen Gesetzes verstanden wird (siehe oben).

⁵³⁶ BT-Drucks. 7/3919, S. 47, S. 60; siehe hierzu auch *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 26 f.; v. Westphalen/*Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Rn. 34; *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer*, § 305c Rn. 69. Siehe auch *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 272; *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

⁵³⁷ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 19.

⁵³⁸ *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 273; *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 21; BeckOK BGB/*Wendland*, § 157 Rn. 1; MüKoBGB/*Busche*, § 133 Rn. 1, 2.

⁵³⁹ BeckOGK BGB/*Bonin*, § 305c Rn. 69 f.; MüKoBGB/*Basedow*, § 305c Rn. 28, 41 ff.

⁵⁴⁰ Siehe zum Begriff der Mehrdeutigkeit bspw. BGHZ 185, S. 310; NJW 2012, S. 2270, m.w.N. NJW-RR 2017, S. 992; OLG Frankfurt NJW-RR 2016, S. 2070.

ter Dissens vor, welcher in der Regel zum Nichtzustandekommen des Vertrages führt.⁵⁴¹ Diese Rechtsfolge kann aber nicht die erstrebte sein. §§ 133, 157 BGB verkörpern dem Wortlaut nach keine Unklarheitenregel für unklare automatisierte Willenserklärungen. Eine Auslegung wie mittels einer Unklarheitenregel würde nicht erreicht werden. Im Ergebnis muss von einer Unvollständigkeit des Gesetzes ausgegangen werden.

bb) Planwidrigkeit

Die Unvollständigkeit des Gesetzes allein genügt nicht, um eine Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB zu begründen. Vielmehr muss diese Unvollständigkeit *planwidrig* sein.⁵⁴² Die Nichtregelung von unklaren (automatisierten) Willenserklärungen müsste dem Plan des Gesetzgebers widersprechen.⁵⁴³ Im Gegensatz hierzu wird von einer *planmäßigen* Unvollständigkeit gesprochen, wenn der Gesetzgeber bewusst keine Regelung treffen wollte bzw. für den fraglichen Fall keine Regelung eintreten sollte.⁵⁴⁴ Damit enthält das Merkmal der Planwidrigkeit ein Werturteil, welches vom Blickwinkel des geltenden Rechts bestimmt werden soll.⁵⁴⁵ Der folgende Abschnitt soll nun klären, ob das Fehlen einer Unklarheitenregel für Fälle von unklaren automatisierten Willenserklärungen planwidrig ist. Dies kann indes nur gelingen, wenn Kenntnis über den Plan des Gesetzgebers besteht.⁵⁴⁶

(1) Regelungsabsicht des BGB-Gesetzgebers

Durch das BGB ist nach Jahrhunderten der Rechtszersplitterung zum 01.01.1900 eine zentrale Kodifikation des deutschen allgemeinen Privatrechts geschaffen worden.⁵⁴⁷ Der Idee nach sollte das BGB als ein Buch verstanden werden, in dem umfassend alle Vorschriften des Zivilrechts enthalten sein soll-

⁵⁴¹ StaudingerBGB/Herrler, § 133 Rn. 63; BeckOGK BGB/Möslein, § 155 Rn. 22 ff.; MüKoBGB/Busche, § 155 Rn. 14, 15.

⁵⁴² BGHZ 65, S. 300, NJW 1981, S. 1726; 1988, S. 2109; 2007, S. 993; eingehend zum Moment der „Planwidrigkeit“ siehe *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 31 ff.

⁵⁴³ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 30; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 194; *Elze*, Lücken im Gesetz, S. 6; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 372.

⁵⁴⁴ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 39; *Grüneberg/Grüneberg*, Einleitung Rn. 55; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 568 ff.; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 214 ff.

⁵⁴⁵ Insofern wird sich der Meinung von *Canaris* angeschlossen, vgl. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 31. Der Blickwinkel vom geltenden Recht aus erscheint überzeugend und nicht in Frage gestellt werden zu müssen. Nur anhand des geltenden Rechts und seiner Regelungsabsicht kann beurteilt werden, ob eine planwidrige Unvollständigkeit besteht.

⁵⁴⁶ So *Elze*, Lücken im Gesetz, S. 23.

⁵⁴⁷ *Grüneberg/Grüneberg*, Einleitung, Rn. 4; *Hähnchen*, Rechtsgeschichte, S. 334 f.

ten;⁵⁴⁸ das BGB war auf Vollständigkeit angelegt.⁵⁴⁹ Als Grundprinzip liegt dem BGB die Privatautonomie zugrunde und damit „der Grundsatz der rechtlichen Freiheit in rechtlicher Gleichheit“.⁵⁵⁰

Mit der Auslegung im Allgemeinen verfolgt der BGB-Gesetzgeber den Plan, „den Inhalt des Rechtssatzes darzulegen“.⁵⁵¹ Was die Auslegung einer Willenserklärung betrifft, so soll sich diese auf die Erforschung des wirklichen Willens konzentrieren, ohne an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Abgelehnt wird damit die strenge Wortlautauslegung.⁵⁵² Dabei hat es der BGB-Gesetzgeber weiter abgelehnt, außer den §§ 133, 157 BGB noch weitere allgemeine Auslegungsregeln ins Gesetz aufzunehmen. Zu groß sei die Gefahr bei der Aufnahme von Auslegungsregeln, dass sie für wirkliche Rechtssätze gehalten werden.⁵⁵³ Die damit verfolgte Regelungsabsicht besteht darin, den wirklichen Willen hinter dem Erklären zu erforschen. Statt an dem Wortlaut der Erklärung zu haften, sollen Umstände wie die Übung des Verkehrs, der Sprachgebrauch zur Zeit und am Ort der Abgabe der Willenserklärung bzw. am Wohnsitz des Erklärenden, der Gang der Vorverhandlungen, der Zusammenhang mit anderen Verabredungen oder auch der offensichtliche Zweck des Rechtsgeschäfts berücksichtigt werden.⁵⁵⁴ Die Regelungsabsicht von §§ 133, 157 BGB besteht darin, einen Hinweis für den Gang der Auslegung zu bieten, indem der wirkliche Wille zu erforschen ist und damit der Wortlaut der Erklärung nicht als die Hauptrichtschnur der Auslegung behandelt wird.⁵⁵⁵

Die Aufnahme einer allgemeinen Unklarheitenregel hat der BGB-Gesetzgeber dagegen abgelehnt.⁵⁵⁶ Damit widersetzte er sich einer seit Jahrhunderten aner-

⁵⁴⁸ *Hähnchen*, Rechtsgeschichte, S. 335 f.

⁵⁴⁹ *Hähnchen*, Rechtsgeschichte, S. 336.

⁵⁵⁰ *Rückert*, Das BGB und seine Prinzipien, Rn. 38; *Schlinker*, Rechtsgeschichte, S. 289.

⁵⁵¹ *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 1, S. 98.

⁵⁵² *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

⁵⁵³ *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 273 f.; *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 21.

⁵⁵⁴ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

⁵⁵⁵ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

⁵⁵⁶ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

kannten Auslegungsregel und versagte ihr auf Ebene des BGB jeglichen allgemeinen Anwendungsbereich. Diese Entscheidung wurde zum einen damit begründet, dass nicht eindeutig war, ob in den kodifizierten (gemeinrechtlichen) Unklarheitenregeln eine Wahrscheinlichkeitsrechnung oder eine Strafvorschrift⁵⁵⁷ zu sehen sei.⁵⁵⁸ Zum anderen wurde befürchtet, sich mit der Aufnahme einer Unklarheitenregel einer kurzfristigen Nichtbeachtung des Willensdogmas auszusetzen und damit dem Wortlaut der Erklärung Vorrang vor den sonstigen vertraglichen Umständen einzuräumen.⁵⁵⁹ Dies würde dem eigentlichen Plan des Gesetzgebers zuwiderlaufen, bei der Auslegung einer Willenserklärung den wirklichen Willen zu erforschen und gerade nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Der BGB-Gesetzgeber glaubte, derartigen nur halbe Wahrheiten enthaltenden Regeln die Aufnahme versagen zu müssen.⁵⁶⁰ Deshalb enthält das BGB auch keine allgemeine Unklarheitenregel.⁵⁶¹

Der BGB-Gesetzgeber hat die Aufnahme einer allgemeinen Unklarheitenregel bewusst abgelehnt und wissentlich mit der langen Tradition der aus dem *ius commune* stammenden allgemeinen Unklarheitenregel gebrochen. Hiernach handelt es sich in Bezug auf eine allgemeine Unklarheitenregel um eine planmäßige Unvollständigkeit.

(2) Regelungsabsicht des § 305c Abs. 2 BGB

Die konkrete Unklarheitenregel in § 305c Abs. 2 BGB/§ 5 AGBG geht zurück auf einen Bericht der Bundesregierung zur Verbraucherpolitik aus dem Jahre 1971.⁵⁶² Durch diesen sollte der Notwendigkeit eines wirksamen Schutzes der Verbraucher in der marktwirtschaftlichen Stellung Nachdruck verliehen werden. Es galt insbesondere den Verbraucher vor Irreführung, unlauteren Verkaufspraktiken und ihn unbillig benachteiligenden Vertragsbedingungen zu schützen.⁵⁶³ Denn bis zu diesem Zeitpunkt bestand für den Verbraucher insbesondere bei der

⁵⁵⁷ Siehe zum Problem bzw. zur Folge, wenn es sich um eine „Strafvorschrift“ handelt, in den Ausführungen zur Strafvorschrift.

⁵⁵⁸ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

⁵⁵⁹ *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 274; *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437f.

⁵⁶⁰ *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 274; *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 21.

⁵⁶¹ *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 20.

⁵⁶² BT-Drucks. VI/2724.

⁵⁶³ BT-Drucks. VI/2724, S. 4, S. 7.

Verwendung von AGB die Gefahr, dass die Anwendung der allgemein geltenden Vorschriften des BGB zugunsten des Unternehmers ausgeschlossen wurde.⁵⁶⁴ Durch die neuzeitliche Entwicklung des industriellen Zeitalters und die damit einhergehende Typisierung der Massegeschäfte erlangten AGB jedoch immer mehr an Bedeutung. Der individuell ausgehandelte Vertrag wich den Massenverträgen, in welchen AGB zur Standardisierung eingesetzt wurden. Insoweit erschien es notwendig, Regelungen auf dem Gebiet des AGB-Rechts zu erlassen, um so die im Rechtsverkehr durch AGB auftretende Missstände geregelt zu wissen.

Zur Umsetzung dieses Plans wurden zwei verschiedene Gesetzesentwürfe eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen vorgelegt.⁵⁶⁵ Dabei war das Ziel, alle allgemeinen Grundsätze, die die Regelung des Rechts der AGB zum Gegenstand haben, zu normieren. Die Aufgabe des Gesetzes bestand sodann darin, einen Ausgleich für die Überlegenheit des AGB-Verwenders gegenüber dem AGB-Unterworfenen zu erreichen. Der Anwendungsbereich beschränkte sich auf das AGB-Recht und die Auswirkung von AGB auf die Vertragsgestaltung. Das Ziel, alle für das AGB-Recht geltenden allgemeinen Grundsätze zu normieren, führte dazu, dass auch die Aufnahme einer Unklarheitenregel in den Entwürfen diskutiert wurde. Zu diesem Zeitpunkt war diese eine von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannte Auslegungsregel, nach welcher – nur im Rahmen von Formularverträgen – Zweifel bei der Auslegung gegen die Vertragspartei gehen sollten, die das Vertragsformular gewählt hatte und sich klarer hätte ausdrücken können.⁵⁶⁶ Damit galt sie als eine von der Rechtsprechung „entwickelte“⁵⁶⁷ Auslegungsregel für das AGB-Recht, welche in einem AGB-Gesetz nicht fehlen dürfe.⁵⁶⁸

Mit der Aufnahme der Unklarheitenregel in das AGBG wurde nun folgender Plan verfolgt. Mithilfe einer besonderen Auslegungsregel für AGB sollte eine angemessene Risikoverteilung zwischen dem Verwender von AGB und dessen Vertragspartner sichergestellt werden.⁵⁶⁹ Statt wie bei einem Individualvertrag im

⁵⁶⁴ BT-Drucks. VI/2724, S. 8.

⁵⁶⁵ Nachfolgend soll sich nur mit dem von der Bundesregierung stammenden Gesetzesentwurf beschäftigt werden. Gesetzesentwurf der Abgeordneten *Vogel, Thürk, Will-Feld, Wittmann, Erhard, Picard, Schleicher* und der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drucks. 7/3200; Gesetzesentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 7/3919.

⁵⁶⁶ BGHZ 5, S. 111 (Leitsatz); BGHZ 22, S. 90 (S. 96).

⁵⁶⁷ Es wird ausdrücklich davon gesprochen, dass die Rechtsprechung die Unklarheitenregel „entwickelt“ hat. Diesbezüglich wird auf die Entscheidungen BGHZ 5, S. 111; 22, S. 90 (S. 96) verwiesen. Es soll an dieser Stelle dahinstehen, dass diese Ansicht aus historischer Sicht nicht zutreffend erscheinen mag.

⁵⁶⁸ BT-Drucks. 7/3919, S. 47, Stellungnahme des Bundesrates.

⁵⁶⁹ BT-Drucks. 7/3919, S. 47, Stellungnahme des Bundesrates; BT-Drucks. 7/5422, S. 5.

Wege der Auslegung beiden Parteien das Risiko der Mehrdeutigkeit oder Unklarheit aufzubürden, sollte durch die Unklarheitenregel das Risiko auf den Verwender verlagert werden.⁵⁷⁰ Denn nur der Verwender habe Einfluss auf die inhaltliche Vertragsgestaltung und damit auf die Formulierung. Der Kunde nehme dagegen keinen Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung. Die dadurch erfolgte „Überbürdung des Risikos“ sollte dem Verwender den Anreiz geben, eine klare und eindeutige Ausdrucksweise zu verwenden.⁵⁷¹ Die Regelungsabsicht bestand folglich darin, eine spezielle Auslegungsregel zu bieten, die das Kräfteverhältnis sachgerecht und vernünftig auszugleichen versucht. Dabei sollte ihr aber gegenüber den sonstigen für AGB geltenden Auslegungsregeln keine übergeordnete Stellung zukommen bzw. sollte sie solche nicht ausschließen.⁵⁷² Vielmehr soll sie erst dann zur Anwendung gelangen, wenn die sonstigen anerkannten Auslegungsregeln zu keinem eindeutigen Ergebnis führen.⁵⁷³

Nach den vorstehenden Ausführungen kann der Abschnitt mit dem Ergebnis geschlossen werden, dass der AGBG-Gesetzgeber sich bewusst für die Aufnahme einer besonderen Auslegungsregel für den Bereich von AGB entschieden hat. Den Gesetzesmaterialien kann nicht entnommen werden, dass die Unklarheitenregel auch auf außerhalb des AGB-Rechts liegende Sachverhalte angewendet werden sollte.⁵⁷⁴ Vielmehr erscheint die Kodifizierung im AGBG nur möglich gewesen zu sein, da AGB eine besondere Risikoverteilung in sich tragen, welche es durch besondere gesetzliche Vorschriften zu kompensieren galt. Damit lag der gesetzgeberische Plan darin, mithilfe von § 5 AGBG bzw. § 305c Abs. 2 BGB sicherzustellen, dass keine einseitige, unbillige Wahrnehmung der Interessen desjenigen, der die AGB dem Vertrag zugrunde gelegt hat, erfolgt.⁵⁷⁵ Es entspricht dem gesetzgeberischen Plan, die Unklarheitenregel in § 305c Abs. 2 BGB nur für den Bereich von AGB gelten zu lassen. Eine Ausweitung auf sonstige Bereiche wurde bewusst nicht vorgenommen. Mithin kann durch die Regelung in § 305c Abs. 2 BGB auch nicht auf eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes in Bezug auf die Auslegung unklarer automatisierter Willenserklärungen geschlossen werden.

⁵⁷⁰ BT-Drucks. 7/3919, S. 47, Stellungnahme des Bundesrates; BT-Drucks. 7/5422, S. 5.

⁵⁷¹ BT-Drucks. 7/3919, S. 47, Stellungnahme des Bundesrates; BT-Drucks. 7/5422, S. 5.

⁵⁷² BT-Drucks. 7/5422, S. 5.

⁵⁷³ Dies kann aus dem Wortlaut der Norm gelesen werden. In diesem wird davon gesprochen, dass „bei der Auslegung“ Zweifel verbleiben müssen. Diese gehen sodann im Wege der Unklarheitenregel zulasten des Verwenders. „Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.“ § 5 AGBG/ § 305c Abs. 2 BGB.

⁵⁷⁴ BT-Drucks. 7/3919, S. 47, Stellungnahme des Bundesrates; BT-Drucks. 7/5422, S. 5.

⁵⁷⁵ BT-Drucks. 7/3919, S. 13; BT-Drucks. VI/2724, S. 2.

(3) „*Schlupfloch*“ in der Regelungsabsicht des BGB-Gesetzgebers

Fraglich ist, ob sich nicht in den Begründungen (Motiven) zu den Entwürfen zum BGB ein „*Schlupfloch*“ finden könnte, welches in gewissen Fällen die Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen nach der Unklarheitenregel (§ 305c Abs. 2 BGB) ermöglicht. Der Gedanke nach einem „*Schlupfloch*“ könnte aufkommen, wenn die Motive zur Auslegung einer Willenserklärung näher betrachtet werden. In den Motiven heißt es wie folgt:

Die ablehnende Haltung des Entwurfes bezieht sich nur auf die Aufstellung allgemeiner Auslegungsregeln. Einzelvorschriften dieser Gattung finden sich im Entwurf in nicht geringer Zahl, obwohl auch in dieser Richtung sparsamer und vorsichtiger verfahren worden ist als in anderen Gesetzgebungen.⁵⁷⁶

Einzelne der in den Gesetzen sich findenden Auslegungsregeln tragen einen positiven Charakter in sich. Zweifelhaft kann sein, ob dahin der Satz gehört, dass zuletzt gegen denjenigen auszulegen sei, dessen Pflicht es gewesen wäre, deutlicher zu reden, also bei Verträgen gegen denjenigen, von dem die Fassung des Vertrages oder die Vertragsbestimmung ausgegangen ist. Soweit darin nicht bloß eine Wahrscheinlichkeitsrechnung, sondern eine Strafvorschrift zu finden ist, mag die Aufstellung des Satzes für gewisse Fälle, insbes. auf dem Gebiete des Versicherungsrechts am Platze sein; allgemeine Berechtigung kommt dem Satze nicht zu.⁵⁷⁷

Zum einen kann angenommen werden, dass zwar die Aufnahme allgemeiner Auslegungsregeln abgelehnt wurde, dies jedoch nicht die Aufnahme von besonderen Auslegungsregeln, namentlich der Unklarheitenregel, ausschließen muss. Zum anderen sprechen die Motive davon, dass eine Unklarheitenregel – soweit sie als eine Strafvorschrift verstanden wird – für gewisse Fälle sinnvoll sei. Insofern soll der Frage nachgegangen werden, ob diese Begründungen für die Aufnahme einer besonderen Unklarheitenregel für Fälle von unklaren automatisierten Willenserklärungen genutzt werden können. Dabei kann zunächst offenbleiben, ob dies genügt, um von einer planwidrigen Unvollständigkeit ausgehen zu können.

Es wird von den folgenden Überlegungen erhofft, dass die Besonderheiten von unklaren automatisierten Willenserklärungen den Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 305c Abs. 2 BGB rechtfertigen. Dafür sollen die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich genutzt werden, um ein heutiges Rechtsproblem – die Auslegung unklarer automatisierter Willenserklärungen – zu lösen. Fraglich ist, ob der BGB-Gesetzgeber – hätte es zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des BGB bereits automatisierte Willenserklärungen ge-

⁵⁷⁶ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 438.

⁵⁷⁷ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

geben – in Bezug auf die Unklarheitenregel anders entschieden hätte bzw. diesen Bereich geregelt hätte.

(a) Aufstellung besonderer Auslegungsregeln

Die Motive zum Allgemeinen Teil des BGB sprechen davon, dass sich die ablehnende Haltung des Entwurfes auf die Aufstellung allgemeiner Auslegungsregeln bezieht. Ein Ausschluss könnte damit nur allgemeine, nicht aber „besondere“ Auslegungsregeln betreffen. Dies führt nicht nur zu der Frage, wie sich eine „besondere“ Auslegungsregel definiert, sondern auch, ob der Rückgriff auf § 305c Abs. 2 BGB als eine besondere Auslegungsregel für unklare automatisierte Willenserklärungen angesehen werden kann und insoweit das Element der Planwidrigkeit zugunsten der Analogie beeinflusst.

(aa) „Besondere“ Auslegungsregeln

Das BGB kennt nicht nur die allgemeinen Auslegungsregeln in §§ 133, 157 BGB, sondern darüber hinaus auch noch „besondere“ Auslegungsregeln. Zu Letzteren zählt bspw. § 271 Abs. 2 BGB.

§ 271 Leistungszeit

(1) Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.

(2) Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, dass der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann.

§ 271 Abs. 2 BGB bestimmt, dass soweit sich keine Besonderheiten aus dem Rechtsverhältnis ergeben, die Festlegung einer Leistungszeit dem Schuldner im Zweifel nicht das Recht nimmt, die Schuld vor Fälligkeit zu tilgen;⁵⁷⁸ nur der Gläubiger ist an die bestimmte Leistungszeit gebunden.⁵⁷⁹ Folglich findet sich in § 271 Abs. 2 BGB für die Frage der Erfüllbarkeit eine besondere Auslegungsregel zugunsten des Schuldners.⁵⁸⁰

Ein weiteres Beispiel für eine besondere Auslegungsregel ist die Norm des § 311c BGB.

§ 311c Erstreckung auf Zubehör

Verpflichtet sich jemand zur Veräußerung oder Belastung einer Sache, so erstreckt sich diese Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache.

Die Norm enthält eine besondere Auslegungsregel für den Fall der Veräußerung oder Belastung einer Sache in Bezug auf die Mitveräußerung des Zube-

⁵⁷⁸ MüKoBGB/Krüger, § 271 Rn. 37.

⁵⁷⁹ MüKoBGB/Krüger, § 271 Rn. 37.

⁵⁸⁰ NJW 1975, S. 1507 (S. 1509); NK-BGB/Martin Schwab, § 271 Rn. 35.

hörs.⁵⁸¹ Seinem Wortlaut nach gilt § 311 BGB nur, wenn Zweifel über die Mitveräußerung des Zubehörs bestehen. Durch die Auslegungsregel wird die Darlegungs- und Beweislast für die Widerlegung der Auslegungsregel auf diejenige Partei verlagert, die sich auf die Nichtveräußerung des Zubehörs beruft – in der Regel den Verkäufer.⁵⁸²

Diese und weitere besondere Auslegungsregelungen⁵⁸³ sind gesetzliche Regelungen, „die in bestimmten Fällen vorschreiben, was als Inhalt einer vorhandenen, aber mehrdeutigen rechtsgeschäftlichen Erklärung anzunehmen sei“.⁵⁸⁴ Die „besonderen“ Auslegungsregeln verstehen sich als eine „Handlungsanweisung für die Auslegung bestimmter rechtsgeschäftlicher Erklärungen“.⁵⁸⁵ Insoweit schreiben sie die Annahme eines bestimmten Geschäftsinhalts vor, wenn ein solcher aus dem Erklärungsinhalt methodisch nicht zu erkennen ist. „Besondere“ Auslegungsregeln verstehen sich damit als Hilfsregeln der Auslegung.⁵⁸⁶

(bb) Rückgriff auf § 305c Abs. 2 BGB als „besondere“ Auslegungsregel?

Nach der vorstehenden Definition fungieren „besondere“ Auslegungsregeln als Handlungsanweisung und geben einen bestimmten Geschäftsinhalt vor. Die in § 305c Abs. 2 BGB kodifizierte Unklarheitenregel schreibt allerdings nicht die Annahme eines bestimmten Geschäftsinhaltes vor, sondern nimmt „nur“ eine Auslegung gegen den Verwender von AGB vor. Dennoch wird sie in der Literatur auch als „besondere“ Auslegungsregel für AGB angesehen.⁵⁸⁷ Fraglich ist, ob der Rückgriff auf die Norm des § 305c Abs. 2 BGB als „besondere“ Auslegungsregel für automatisierte Willenserklärungen anzusehen wäre.

Würde diese Auslegungsregel nun auf Fälle unklarer automatisierter Willenserklärungen erweitert werden, könnte Folgendes der Annahme als „besondere“ Auslegungsregel entgegenstehen. Automatisierte Willenserklärungen sind rechtlich gesehen „normale“ Willenserklärungen und unterliegen damit grundsätzlich den Auslegungsregeln für „normale“ Willenserklärungen.⁵⁸⁸ Soweit nun eine be-

⁵⁸¹ BeckOGK BGB/Schreindorfer, § 311c Rn. 7.

⁵⁸² BeckOGK BGB/Schreindorfer, § 311c Rn. 7; MüKoBGB/Ruhwinkel, § 311c Rn. 7.

⁵⁸³ Zu den besonderen Auslegungsregeln können bspw. gezählt werden: § 305 Abs. 2 BGB, § 2067 S. 1 BGB, § 113 Abs. 4 BGB, § 154 Abs. 2 BGB, § 329 BGB.

⁵⁸⁴ Vollmer, Auslegung und „Auslegungsregeln“, S. 210.

⁵⁸⁵ Vollmer, Auslegung und „Auslegungsregeln“, S. 210.

⁵⁸⁶ Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 205 S. 1246 ff.; Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, S. 56 f.

⁵⁸⁷ BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 69; MüKoBGB/Busche, § 305c Rn. 28; Grüneberg/Grüneberg, § 305c Rn. 15 ff.

⁵⁸⁸ Siehe BGH NJW 2005, S. 53 (S. 54); m.w.N. Köhler, AcP 182 (1982), S. 128, S. 133 f.; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 256.

sondere Auslegungsregel für automatisierte Willenserklärungen aufgestellt werden würde, müsste sich mit der Frage auseinandersetzt werden, wie es im umgekehrten Fall wäre, genauer gesagt, ob eine „besondere“ Auslegungsregel, nämlich die Unklarheitenregel, für automatisierte Willenserklärungen auch auf „normale“ Willenserklärungen anwendbar wäre. Dies einmal angenommen, würde die Gefahr bestehen, die „besondere“ Auslegungsregel zu einer allgemeinen Auslegungsregel auszudehnen und damit im Widerspruch zur Regelungsabsicht des BGB-Gesetzgebers zu stehen, sonstige allgemeine Unklarheitenregeln nicht zuzulassen. Allerdings müssen nur die heute anerkannten Auslegungsregeln für automatisierte Willenserklärungen betrachtet werden. Aufgrund von vergleichbaren Merkmalen von AGB und automatisierten Willenserklärungen können automatisierte Willenserklärungen „wie AGB“ und damit objektiv nach Maßgabe des Verständnisses eines durchschnittlichen Angehörigen der jeweils beteiligten Verkehrskreise ausgelegt werden, ohne dass es auf den Empfängerhorizont des konkreten Erklärungsempfängers ankommt. Ein Rückschluss auf normale Willenserklärungen wird und soll an dieser Stelle nicht vorgenommen werden. Nur weil automatisierten Willenserklärungen spezielle Merkmale anhaften, ist eine Erweiterung der objektiven Auslegung auf außerhalb des AGB-Rechts stehende automatisierte Willenserklärungen zu rechtfertigen. Folglich kann auch die Frage dahinstehen, ob eine besondere Auslegungsregel für automatisierte Willenserklärungen dazu führt, dass diese auch auf normale Willenserklärungen anwendbar ist. Denn wie das Vorstehende verdeutlicht, rechtfertigen allein die besonderen Merkmale von automatisierten Willenserklärungen den Zugang zu besonderen Auslegungsmaximen.

Vor diesem Hintergrund könnte die Norm des § 305c Abs. 2 BGB als eine besondere Auslegungsregel bzw. Unklarheitenregel für unklare automatisierte Willenserklärungen angesehen werden. Die Gefahr, dass diese Regelung auf „normale“ Willenserklärungen ausgedehnt werden könnte, wird nicht gesehen, da automatisierten Willenserklärungen diese zusätzliche Auslegungsregel nur zu kommt, weil sie entsprechende Charakteristika in sich tragen (unbestimmter anonymer Personenkreis, Vorformulierung). Eine allgemeine Unklarheitenregel für Willenserklärungen wäre nicht zu befürchten.

Tatsächlich genügt es aber nicht, sich nur auf diesen Satz der Motive zu beziehen und insoweit schlicht eine „besondere“ Auslegungsregel zu kreieren. Allein die Tatsache, dass die Motive nur von „allgemeinen“ Auslegungsregeln sprechen, darf nicht so verstanden werden, dass deswegen unbegrenzt viele „besondere“ Auslegungsregeln konzipiert werden könnten. Vielmehr müssen diese stets mit der Regelungsabsicht des BGB-Gesetzgebers vereinbar sein. Im vorliegenden Fall müssen deshalb die Begründungen des BGB-Gesetzgebers bzw. des AGBG-Gesetzgebers in Bezug auf die Unklarheitenregel von § 305c Abs. 2 BGB berücksichtigt werden. In diesen wird die Aufnahme einer Unklarheitenregel sowie

deren allgemeine Berechtigung ausgeschlossen.⁵⁸⁹ Diese Ansicht zu umgehen, indem schlicht die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB als „besondere Auslegungsregel“ für automatisierte Willenserklärungen verstanden wird, würde der Regelungsabsicht des BGB-Gesetzgebers nicht gerecht werden; eine planwidrige Unvollständigkeit kann insoweit nicht angenommen werden.

Mithin kann der untersuchte Absatz – „*Die ablehnende Haltung des Entwurfes bezieht sich nur auf die Aufstellung allgemeiner Auslegungsregeln. Einzelvorschriften dieser Gattung finden sich im Entwurf in nicht geringer Zahl, obwohl auch in dieser Richtung sparsamer und vorsichtiger verfahren worden ist als in anderen Gesetzgebungen*“⁵⁹⁰ – nicht allein die Aufstellung einer „besonderen“ Auslegungsregel in Form der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB für unklare automatisierte Willenserklärungen begründen. Vielmehr müssen die Ausführungen zur Unklarheitenregel genauer analysiert werden. Erst wenn sich aus diesen ergibt, dass eine Unklarheitenregel im Einzelfall zulässig erscheint, kann der hier betrachtete Abschnitt dazu verhelfen, eine besondere Auslegungsregel für unklare automatisierte Willenserklärungen zu begründen. Allein dieser Abschnitt hilft jedoch nicht, eine planwidrige Unvollständigkeit zu belegen.

(b) Automatisierte Willenserklärungen als „gewisse Fälle“ im Sinne der Motive

In den Motiven zum Allgemeinen Teil heißt es, dass die Unklarheitenregel – soweit darin eine Strafvorschrift zu finden ist – für gewisse Fälle, insbesondere auf dem Gebiet des Versicherungsrechts, am Platze ist, allgemeine Berechtigung dem Satz aber nicht zukommt.⁵⁹¹ Problematisch war aber gerade, dass nicht eindeutig war, ob in den kodifizierten Unklarheitenregeln eine Wahrscheinlichkeitsrechnung oder eine Strafvorschrift zu sehen sei.⁵⁹² Dass es sich um eine Wahr-

⁵⁸⁹ Vgl. *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155; Bundesgesetzblatt Teil I, Z 1997 A, ausgegeben zu Bonn am 15. Dezember 1976, Nr. 142.

⁵⁹⁰ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 438.

⁵⁹¹ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

⁵⁹² „Zweifelhaft kann sein, ob dahin der Satz gehört, dass zuletzt gegen denjenigen auszulegen sei, dessen Pflicht es gewesen wäre, deutlicher zu reden, also bei Verträgen gegen denjenigen, von dem die Fassung des Vertrages oder der Vertragsbestimmung ausgegangen ist. Soweit darin nicht bloß eine Wahrscheinlichkeitsrechnung, sondern eine Strafvorschrift zu finden ist, mag die Aufstellung des Satzes für gewisse Fälle, insbesondere auf dem Gebiete des Versicherungsrechts, am Platze sein; allgemeine Berechtigung kommt dem Satze nicht zu.“ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

scheinlichkeitsrechnung handeln könnte, wurde unter anderem damit begründet, dass der Redende, wenn zu seinen Gunsten die Bestimmung beabsichtigt sei, wohl deutlicher geredet haben würde.⁵⁹³

Mithin ist fraglich, ob die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB im Falle der Auslegung von automatisierten Willenserklärungen als eine Wahrscheinlichkeitsrechnung oder als eine Strafvorschrift zu verstehen ist. Soweit Letzteres der Fall ist, muss untersucht werden, ob automatisierte Willenserklärungen unter die „gewissen Fälle“ zu ziehen sind. Genauer gesagt, ob automatisierte Willenserklärungen mit dem Versicherungsrecht vergleichbar sind.⁵⁹⁴ Soweit dies der Fall wäre, könnte neu über das Element der Planwidrigkeit diskutiert werden. Aufgrund des seit Inkrafttreten des BGB eingetretenen rechtlichen und technischen Wandels könnte die Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen nachträglich als regelungsbedürftig erscheinen. Diese Erkenntnisse gilt es sodann zusammenzufassen und automatisierte Willenserklärungen unter diese zu subsumieren.

(aa) Strafvorschrift oder Wahrscheinlichkeitsrechnung

Zu prüfen ist, ob in der Unklarheitenregel in § 305c Abs. 2 BGB und damit in der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB eine Strafvorschrift oder eine Wahrscheinlichkeitsrechnung zu sehen ist. Hinsichtlich der Annahme, es handelt sich um eine Wahrscheinlichkeitsrechnung, heißt es in den Motiven, dass der Redende, wenn zu seinen Gunsten die Bestimmung beabsichtigt sei, wohl deutlicher geredet haben würde.⁵⁹⁵ Folglich ist anzunehmen, dass einige der Väter des BGB die Unklarheitenregel weniger als eine Art Auslegungsregel verstanden haben als vielmehr als eine Art Ausdruck des logischen Menschenverstandes und damit als eine Art von Zufallsvariable. Es erschien ihnen schlicht wahrscheinlich, dass Bestimmungen zu eigenen Gunsten klar und deutlich formuliert werden würden.

Diesem Verständnis über die Unklarheitenregel muss jedoch entgegengehalten werden, dass die Unklarheitenregel in § 305c Abs. 2 BGB allein eine Person in

⁵⁹³ Schubert, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches BGB AT, Teil 2, S. 273; HKK-BGB/Vogenauer, §§ 305–310 Rn. 30.

⁵⁹⁴ Fraglich ist, was für Fälle mit dem Ausdruck „gewisse Fälle“ gemeint sind. Hilfreich erscheint insoweit das Adverb „insbesondere“. Dieses wird eingesetzt, wenn etwas näher konkretisiert werden soll oder wenn ein bestimmter Sachverhalt/Begriff herausgestellt werden soll. Dies bedeutet, wenn automatisierte Willenserklärungen unter das Versicherungsrecht als „spezieller“ Fall subsumiert werden können, fallen diese gleichzeitig auch unter die „gewissen Fälle“ als solche.

⁵⁹⁵ Schubert, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 273; HKK-BGB/Vogenauer, §§ 305–310 Rn. 30.

den Fokus nehmen will – den Formulierenden. Sie überlässt es insoweit nicht dem Zufall, welche Person wohl deutlicher hätte reden können. Vielmehr will sie den Formulierenden in die Verantwortung dafür nehmen, dass dieser deutlicher hätte reden können. Vor- oder Nachteile auf Seiten des Formulierenden sind dabei weniger relevant als die Frage der Formulierungsverantwortung. Diese soll gerade mittels der Auslegung zulasten des Erklärenden berücksichtigt werden. Fraglich ist deshalb, ob im vorliegenden Fall die Unklarheitenregel in § 305c Abs. 2 BGB und damit die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB in Bezug auf die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen als eine Art Strafvorschrift verstanden werden muss.

Unter einer Strafvorschrift kann grundsätzlich eine Rechtsnorm verstanden werden, aus welcher sich die rechtlichen Konsequenzen bei Verstoß gegen eine Verhaltensnorm ergeben.⁵⁹⁶ Eine Strafnorm ist damit eine mit einer rechtlichen Regelung verbundene Rechtsfolge.⁵⁹⁷ Mithilfe der aufgestellten Rechtsfolge soll die Geltung der rechtlichen Regelung sichergestellt werden. Die Unklarheitenregel in § 305c Abs. 2 BGB bestimmt, dass soweit im Rahmen der Auslegung zwei oder mehrere Deutungen einer AGB-Klausel möglich sind, diejenige Bedeutung zugrunde zu legen ist, die für den Vertragspartner die günstigere ist.⁵⁹⁸ Die Rechtsfolge fußt auf dem Umstand, dass es der Verwender ist, der einseitig das Recht für sich in Anspruch nimmt, die für den Vertrag maßgeblichen Bedingungen vorzugeben.⁵⁹⁹ Mithin fordert die Unklarheitenregel die Eindeutigkeit einer Formulierung.⁶⁰⁰ Wird diesem Verhalten nicht entsprochen, so sanktioniert § 305c Abs. 2 BGB den Formulierenden dergestalt, dass ihn eine ungünstige Auslegung trifft. Zwar wird nicht mit Schadensersatz, Bußgeld oder härteren Strafmaßnahmen gedroht. Jedoch droht eine Auslegung zulasten des Verfassers, was wiederum mit einem Rechtsnachteil verbunden sein kann.

Demzufolge wird die Auffassung vertreten, dass die Unklarheitenregel in § 305c Abs. 2 BGB und damit auch die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB als Strafvorschrift zu verstehen ist. Die Norm verfolgt das Ziel, dass eindeutig und klar formuliert wird (Verhaltensnorm). Wird dem nicht gefolgt und stattdessen

⁵⁹⁶ Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 5 f., S. 23 f., S. 71 f.; vgl. auch Creifels/Weber, Rechtswörterbuch zu „Sanktion“. Nachfolgend sollen unter anderem zeitlich „spätere“ Definitionen verwendet werden, um das im Entwurf zum BGB Geschriebene zu definieren. Dies hat den Hintergrund, dass die Definitionen den aktuellen Standards und Vorschriften entsprechen sollen. Die zeitlich spätere Definition erscheint zudem aufgrund des Aktualität des Themas zu automatisierten Willenserklärungen in unserem heutigen Rechtsverkehr nützlicher und effektiver als eine Definition zu Zeiten der Entstehung des BGB.

⁵⁹⁷ Creifels/Weber, Rechtswörterbuch zu „Sanktion“.

⁵⁹⁸ BeckOK BGB/H. Schmidt, § 305c Rn. 42.

⁵⁹⁹ BeckOK BGB/H. Schmidt, § 305c Rn. 42.

⁶⁰⁰ Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer, § 305c Rn. 69.

unklar bzw. mehrdeutig formuliert, ist die rechtliche Konsequenz, dass eine ungünstige Auslegung droht. Sie beschäftigt sich mithin nicht damit, wer wahrscheinlicher klarer formuliert hat. Folglich regelt die Unklarheitenregel, was geschieht, wenn unklar bzw. mehrdeutig formuliert wird, und setzt sodann eine Rechtsfolge. Diese Rechtsfolge soll zugleich sicherstellen, dass grundsätzlich dem Ziel, klare und eindeutige Verträge zu formulieren, nachgekommen wird.

Die Unklarheitenregel stellt somit die Einhaltung der „allgemeinen Rechtspflicht“ zur klaren und eindeutigen Formulierung sicher und sanktioniert bei Nichteinhaltung diese mit einer ungünstigen Auslegung. Die Unklarheitenregel kann somit im vorliegenden Fall als eine „Art“ Strafvorschrift angesehen werden.

(bb) Das Versicherungsrecht

Das Versicherungsrecht lässt sich definieren als ein Rechtsgebiet, welches die Rechtsbeziehungen zwischen Versicherungsnehmern und Versicherern regelt.⁶⁰¹ Es kennzeichnet sich dadurch, dass der Versicherer ein bestimmtes Risiko des Versicherungsnehmers durch eine Leistung absichert, die der Versicherer bei Eintreten des vereinbarten Versicherungsfalles zu erbringen hat, § 1 Versicherungsvertragsgesetz (VVG). Das private Versicherungsrecht ist im Versicherungsvertragsgesetz und im Versicherungsaufsichtsgesetz sowie in einer Reihe auf der Grundlage der vorstehenden Gesetze erlassenen Verordnungen normiert.⁶⁰² Im engeren Sinne ist mit dem Versicherungsrecht an dieser Stelle die Summe der Rechtssätze über die Privatversicherung gemeint.⁶⁰³

Ein Versicherungsvertrag ist nach Ansicht des BGH gegeben, wenn sich jemand als Versicherer gegen Entgelt verpflichtet, einem anderen (dem Versicherungsnehmer) eine vermögenswerte Leistung für den Fall eines ungewissen Ereignisses zu erbringen, wenn außerdem das damit übernommene wirtschaftliche Risiko auf eine Mehrzahl von der gleichen Gefahr bedrohter Personen verteilt wird und der Risikoübernahme eine auf dem Gesetz der großen Zahl beruhende Kalkulation zugrunde liegt.⁶⁰⁴ Dieses Rechtsverhältnis wird mithin zum einen von dem Wunsch geprägt, Schutz vor bestimmten Risiken zu erlangen, zum an-

⁶⁰¹ Erneut sollen auch hier zeitlich „spätere“ Definitionen verwendet werden, um das im Entwurf zum BGB Geschriebene zu definieren. Dies hat wieder den Hintergrund, dass die Definitionen unter anderem sowohl vom Versicherungsrecht an sich als auch dem Versicherungsvertrag den aktuellen Standards und Vorschriften entsprechen sollen. Mit dem Versicherungsrecht ist hier das private Versicherungsrecht gemeint und nicht die öffentlich-rechtlich ausgestaltete Sozialversicherung; MAH Versicherungsrecht/*Höra*, § 1 Rn. 1 ff.; Langheid/Rixecker/Rixecker, VVG § 1 Rn. 1 ff.

⁶⁰² MAH Versicherungsrecht/*Höra/Schubach*, § 1 Rn. 1.

⁶⁰³ MAH Versicherungsrecht/*Höra/Schubach*, § 1 Rn. 1 ff.; Langheid/Rixecker/Rixecker, VVG § 1 Rn. 1 ff.

⁶⁰⁴ BGH VersR 1964, S. 497; NJW-RR 1988, S. 819.

deren erhält es seine Prägung durch die Erkenntnis, dass der Einzelne für sich selbst diesen Schutz kaum zu verwirklichen mag.⁶⁰⁵ Dieser Schutz kann folglich durch eine sogenannte Risikogemeinschaft erreicht werden.⁶⁰⁶ Handelt es sich um Versicherungen, die für den Fall eingreifen, in denen die versicherte Person nicht mehr für ihren Lebensunterhalt einstehen kann,⁶⁰⁷ ist das Bedürfnis nach diesem Schutz zudem besonders groß.⁶⁰⁸

Die Beteiligten des Versicherungsvertrages sind der Versicherer und der Versicherungsnehmer. Letzteres kann eine natürliche oder juristische Person sein.⁶⁰⁹ Der Versicherer darf hingegen laut § 8 VAG von 2016 nur ein Versicherungsunternehmen mit Sitz in Deutschland in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft (AG) einschließlich der Europäischen Gesellschaft (SE), ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG) oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt sein.⁶¹⁰ Gleches galt bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Versicherungsaufsichtsgesetzes am 1. Juli 1901. Dort wurde die Aufnahme des Geschäftsbetriebes eines Versicherungsunternehmens von einer Erlaubniserteilung der Aufsichtsbehörde abhängig gemacht.⁶¹¹ Diese wurde nach § 6 VAG (Fassung vom 12. Mai 1901) – mit Ausnahme von Vereinigungen auf Gegenseitigkeit – nur Aktiengesellschaften erteilt.⁶¹² Somit steht auf der einen Vertragsseite stets ein gewerbliches Versicherungsunternehmen in einer bestimmten Rechtsform.

⁶⁰⁵ Es ist zu unterstellen, dass der Großteil der Bevölkerung nicht die nötige Kapitalstärke hat, um ein abgebranntes Haus wieder aufzubauen oder neu zu bauen. MAH Versicherungsrecht/*Höra/Schubach*, § 1 Rn. 9.

⁶⁰⁶ MAH Versicherungsrecht/*Höra*, § 1 Rn. 9; HK-VVG/*Christoph Brömmelmeyer*, VVG § 1 Rn. 16.

⁶⁰⁷ Bspw. Berufsunfähigkeitsversicherungen, MAH Versicherungsrecht/*Höra/Schubach*, § 1 Rn. 9.

⁶⁰⁸ MAH Versicherungsrecht/*Höra/Schubach*, § 1 Rn. 9.

⁶⁰⁹ Hubert von Bühren, in: van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht, § 1 Rn. 63.

⁶¹⁰ Hubert von Bühren, in: van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht, § 1 Rn. 62; m.w.N. Wandt, Versicherungsrecht, Rn. 53.

⁶¹¹ Vgl. § 4 VAG, Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1901, Nr. 18, S. 139–181 (Fassung vom 12. Mai 1901).

⁶¹² § 6 VAG (Fassung vom 12. Mai 1901).

Die Erlaubnis darf Personenvereinigungen, welche die Versicherung ihrer Mitglieder nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit betreiben wollen, nur ertheilt werden, wenn diese Vereinigungen in der Form von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (§§ 15 bis 53) errichtet werden.

Zum Betriebe der verschiedenen Arten der Lebensversicherung sowie zum Betriebe der Unfall-, Haftpflicht-, Feuer- oder Hagelversicherung darf die Erlaubnis außer Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit nur an Aktiengesellschaften ertheilt werden.

Als Lebensversicherung im Sinne dieses Gesetzes gilt auch die Invaliditäts-, Alters-, Wittwen-, Waisen-, Aussteuer- und Militärdienstversicherung, gleichviel ob auf Kapital oder Renten.

(cc) Unklarheitenregel *insbesondere* auf dem Gebiet
des Versicherungsrechts

Dass eine Unklarheitenregel als Strafvorschrift auf dem Gebiet des Versicherungsrechts *insbesondere am Platze* zu sein scheint, könnte weniger an der Geschichte des Versicherungsrechts im Allgemeinen als vielmehr an der Geschichte der Versicherungsbedingungen liegen. Wie vorstehend bereits angeführt, verwendeten seit dem 18./19. Jahrhundert vor allem Versicherungsunternehmen Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) bzw. AGB, um eine möglichst große Zahl möglichst gleichartiger Verträge abzuschließen.⁶¹³ Dabei nutzten die Versicherungsgesellschaften des Öfteren die Unkenntnis und Gleichgültigkeit des breiten Publikums gegenüber den AVB aus, indem sie durch kleinliche Fassung der AVB den Versicherungsschutz beschränkten.⁶¹⁴ Das unterschiedliche Kräfteverhältnis wurde zu ihrem eigenen Vorteil ausgenutzt, indem bspw. durch uneindeutige Versicherungsbedingungen dem Versicherungsnehmer Obliegenheiten aufgebürdet wurden, die bei Nichteinhaltung zu einem Anspruchsverlust führten (sogenannte Verwirkungsklauseln). Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, mit dem Begriff des Versicherungsrechts eine Ungleichbehandlung bzw. eine unangemessene Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien zu assoziieren. Denn dem Versicherungsunternehmen gelang es nicht nur, sich durch mehrdeutige bzw. unklare Vertragsbestimmungen seiner Leistungspflicht zu entziehen, sondern dies konnte sich darüber hinaus auch noch einen finanziellen Vorteil verschaffen, indem es die Versicherungssumme nicht zahlen musste.

Um diesem unterschiedlichen Kräfteverhältnis entgegenzuwirken, nutzten im 19. Jahrhundert vermehrt die Gerichte die gemeinrechtliche Unklarheitenregel *in dubio contra proferentem*, um den zunehmend verwendeten formularmäßigen Vertragsbedingungen Einhalt zu gebieten.⁶¹⁵ Mithilfe der Unklarheitenregel konnten sie die Klauseln zulasten der Versicherungsunternehmen interpretieren.⁶¹⁶ Begrundet wurde dies damit, dass allein der Verwender Einfluss auf die Ausgestaltung der Klauseln hatte und sich der Vertragspartner diesen nur unterworfen habe.⁶¹⁷ Klauseln, die die Voraussetzungen regeln, unter denen eine Versiche-

⁶¹³ Inhalt und Reichweite des Versicherungsschutzes sind in erster Linie aus den Allgemeinen Versicherungsbedingungen abzuleiten, Rüffer/Halbach/Schimikowski/*Brömmelmeyer*, Einleitung Rn. 60 ff.; *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 26 ff.

⁶¹⁴ *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 265 ff.; *Danz*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 160 ff.

⁶¹⁵ HKK-BGB/*Vogenauer*, §§ 305–310 (III) Rn. 27.

⁶¹⁶ HKK-BGB/*Vogenauer*, §§ 305–310 (III) Rn. 27.

⁶¹⁷ ROHGE (v. 21.11.1871 – I 631/71) 4, S. 50; ROHGE (v. 13.02.1872 – I 695/71) 5, S. 110, S. 121; ROHGE (v. 11.03.1873 – 54/73) 9, S. 370, S. 379; ROHGE (v. 04.11.1874 – II 837/74) 14, S. 431, S. 437.

rung ausnahmsweise nicht eingreift, müssten eng verstanden werden;⁶¹⁸ eine extensive Auslegung zugunsten des Versicherers müsste untersagt werden.⁶¹⁹ Es sei allein Sache des Versicherers, die Bedingungen deutlich zu fassen.⁶²⁰ Solche Bestimmungen über § 138 BGB für sittenwidrig und nichtig zu erklären, wagten die Gerichte aber nicht.⁶²¹

In Anbetracht dessen mag für den BGB-Gesetzgeber die Anwendung der Unklarheitenregel im Versicherungsrecht statthaft erschienen sein, weil es in diesem Rahmen aufgrund des organisatorischen Vorsprungs der Versicherungsunternehmen zu einer ungleichen Verteilung des vertraglichen Risikos kommen konnte. Andernfalls bestand keine Möglichkeit, auf die Versicherungsbedingungen einzuwirken und so das Kräfteverhältnis zu regulieren, da insbesondere nicht auf § 138 BGB zurückgegriffen wurde. Mithilfe der Unklarheitenregel als Strafvorschrift schien eine Art ausgleichende Gerechtigkeit erreichbar.

(dd) Vergleich mit automatisierten Willenserklärungen

Fraglich ist, ob automatisierte Willenserklärungen nun mit „dem Versicherungsrecht“ vergleichbar sind und ob dadurch die Unklarheitenregel, wie sie heute in § 305c Abs. 2 BGB kodifiziert ist, auch auf automatisierte Willenserklärungen (analog) anwendbar ist. Hierbei soll der Fokus auf der Frage liegen, ob zwischen den Vertragsparteien des Versicherungsvertrages und den Vertragsparteien bei einem Vertrag unter Verwendung von automatisierten Willenserklärungen ein vergleichbares Risiko besteht, im Hinblick auf die Formulierung bzw. Ausgestaltung des Vertrages einem ungleichen Kräfteverhältnis ausgesetzt zu sein.

Im heutigen Rechtsalltag kommen automatisierte Willenserklärungen vor allem dort zur Anwendung, wo Massegeschäfte effizienter abgewickelt werden sollen.⁶²² Da im Vorfeld bestimmte Parameter in ein Datenverarbeitungsprogramm eingegeben wurden, gibt das Computersystem bei Eintritt bestimmter Bedingungen eine automatisierte Willenserklärung gegenüber dem Kunden ab – die abgegebene Willenserklärung kann sodann einem Menschen bzw. Unternehmen zugeordnet werden.⁶²³ Durch diese Voreinstellung muss nicht mehr individuell auf jeden einzelnen Kunden eingegangen werden, sondern jeder zukünftige Kunde ist denselben Voreinstellungen ausgesetzt. Dennoch handelt es sich hierbei nicht

⁶¹⁸ HKK-BGB/*Vogenauer*, §§ 305–310 (III) Rn. 27; ROHGE (v. 08.03.1872 – I 166/72) 5, S. 242, S. 243f.

⁶¹⁹ HKK-BGB/*Vogenauer*, §§ 305–310 (III) Rn. 27.

⁶²⁰ RGZ (v. 04.05.1887 – I 87/87) 18, S. 142, S. 144.

⁶²¹ *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 265 ff., S. 304.

⁶²² Für Fallbeispiele zu automatisierten Willenserklärungen siehe die Einleitung.

⁶²³ Vgl. Spindler/Schuster/Spindler, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 5; *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 962).

um AGB an sich, da AGB lediglich Bedingungen festlegen, unter denen die Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien stattfindet. Automatisierte Willenserklärungen entsprechen derweil spezifischen Willenserklärungen, die in einem bestimmten Vertragsverhältnis abgegeben werden (etwa Antrag und Annahme). Ungeachtet dessen ist es dem Verwender von automatisierten Willenserklärungen insoweit zunächst gleichgültig, mit wem er den Vertrag abschließt, solange der Vertragspartner die voreingestellten Parameter erfüllt und deswegen das Computersystem eine automatisierte Willenserklärung generiert. Das Ziel des Verwenders automatisierter Willenserklärungen liegt lediglich darin, seine Vertragsabschlüsse effizienter abzuwickeln. Der Verwender von automatisierten Willenserklärungen will mithin nicht persönlich den Antrag bzw. die Annahme für den konkreten Vertrag erklären; dies soll vielmehr das Softwaresystem durch die Abgabe der automatisierten Willenserklärung übernehmen. Somit werden automatisierte Willenserklärungen ebenso wie AVB genutzt, um eine möglichst große Zahl möglichst gleichartiger Verträge abzuschließen.

Dabei kann es vorkommen, dass der Verwender von automatisierten Willenserklärungen – bspw. in seinem Angebot oder in seiner Annahme – unklar formuliert, um so zu seinen Gunsten etwa die Leistungszeit, den Leistungsort oder auch den Leistungsumfang offenzuhalten. Zwar könnte der Vertragspartner sich den vertraglichen Regelungen dergestalt entgegenstellen, indem er entweder das Angebot in Form der automatisierten Willenserklärungen nicht annimmt oder seinerseits modifiziert und damit ein neues Angebot abgibt, § 150 Abs. 2 BGB. Jedoch mag für den Vertragspartner auf den ersten Blick eine derartige Mehrdeutigkeit nicht erkennbar sein oder er deutet den Begriff anders als vom Verwender gedacht und erkennt deswegen nicht, dass Rechte modifiziert wurden. Da mittels der automatisierten Willenserklärungen viele unterschiedliche Vertragspartner erreicht werden sollen, muss davon ausgegangen werden, dass sich das Risiko der Mehrdeutigkeit nicht verringert, sondern durch verschiedenste Interpretationsmöglichkeiten erhöhen kann. Es ist des Weiteren nicht davon auszugehen, dass sich die einzelnen Kunden stets mit den Begrifflichkeiten der automatisierten Willenserklärungen auseinandersetzen. Mithin bestünde die „Gefahr“, dass sie in Bezug auf den Inhalt der automatisierten Willenserklärungen unwissend sind. Damit wäre ein weiterer Vergleichspunkt gefunden, indem sowohl automatisierte Willenserklärungen als auch das Versicherungsrecht die Unkenntnis und Gleichgültigkeit des breiten Publikums zu eigenen Vorteilen ausnutzen könnten.

Automatisierte Willenserklärungen und das Versicherungsrecht gleichen sich folglich darin, dass beide zum Ziel haben, eine Mehrzahl an Verträgen einheitlich abzuwickeln. Darüber hinaus muss davon ausgegangen werden, dass sich der Verwender automatisierter Willenserklärungen dieser vor allem deswegen bedient, um eigene Vorteile zu generieren. Diese mögen bspw. darin liegen, Vertragsprozesse effizienter abzuwickeln oder den Vertragsinhalt zu eigenen Gunsten zu modifizieren. Inwieweit dies im Rahmen von automatisierten Willens-

erklärungen genau „ausgenutzt“ wird, muss offenbleiben. Dennoch muss in der Verwendung von automatisierten Willenserklärungen das Risiko gesehen werden, dass der genaue Inhalt für den durchschnittlichen Kunden nicht immer eindeutig ersichtlich ist und dieser sich damit in einer „schlechteren“ Vertragsposition befinden kann. Soweit er sich bspw. um die Aufklärung eines für ihn mehrdeutigen Begriffes bemüht, ist zumeist ein direkter Kontakt zur anderen Vertragspartei nicht vorgesehen. Vielmehr müsste der Kunde sich an den Kundenservice halten, was nicht nur persönliche Zeit, sondern unter Umständen auch noch (Telefon-)Gebühren kostet.⁶²⁴ Dies mag dazu führen, dass sich der Kunde nicht mehr um eine Aufklärung der Begrifflichkeiten bemüht und den Inhalt der automatisierten Willenserklärung akzeptiert, notfalls auch zu seinen eigenen Lasten.

Zusammengefasst heißt dies nun Folgendes. Der Einsatz automatisierter Willenserklärungen geht aufgrund seiner Ausrichtung zum Abschluss von Massenverträgen mit dem Risiko einher, dass nicht jeder Kunde individuell berücksichtigt wird. Im Vordergrund steht der Wille, eine möglichst hohe Anzahl möglichst gleichartiger Verträge abzuschließen. Dabei kommt dem Verwender von automatisierten Willenserklärungen eine strukturelle Überlegenheit zu, da er in der Regel den Vertragstext (vor-)formuliert.⁶²⁵ Im Gegensatz zu ihm nimmt der Vertragspartner keinen Einfluss auf die Ausgestaltung der automatisierten Willenserklärungen, sondern muss sich bspw. bei Abschluss eines Vertrages im Internet darüber im Klaren sein, dass Bestellungen nicht mehr individuell, sondern standardisiert und damit in der Regel automatisiert ablaufen und er sich eben diesen automatisierten Abläufen unterwirft. Damit ist er dem Risiko ausgesetzt, vereinheitlichten automatisierten Willenserklärungen zu begegnen, deren Inhalt aufgrund des Erfordernisses einer gewissen Massentauglichkeit nicht immer klar und eindeutig erscheinen. Für den Kunden birgt dies das Risiko, dass er sich im Ungewissen hinsichtlich des vereinbarten vertraglichen Inhaltes befindet und damit gegebenenfalls auf Rechte verzichtet. Vor diesem Hintergrund sind automatisierte Willenserklärungen mit dem Versicherungsrecht vergleichbar.

Hinsichtlich der Frage, ob zwischen den Vertragsparteien des Versicherungsvertrages und den Vertragsparteien bei einem Vertrag unter Verwendung von automatisierten Willenserklärungen ein vergleichbares Risiko besteht, im Hinblick auf die Formulierung bzw. Ausgestaltung des Vertrages einem ungleichen Kräfteverhältnis ausgesetzt zu sein, kann die Aussage getroffen werden, dass in beiden

⁶²⁴ Siehe hierzu die Regelungen einzelner Unternehmen, wenn der Kunde Fragen hinsichtlich des Vertragsinhalt haben sollte (<https://www.bahn.de/hilfe>, zuletzt geprüft am 11.05.2023; https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=504874&ref_=footer_gw_m_b_cs, zuletzt geprüft am 11.05.2023; <https://www.hp.com/de-de/shop/faq.aspx>, zuletzt geprüft am 11.05.2023; <https://www.zalando.de/faq/>, zuletzt geprüft am 11.05.2023; https://www.debeka.de/telefonnummern_anchrift/kontakt.html, zuletzt geprüft am 11.05.2023).

⁶²⁵ Vgl. StaudingerBGB/Singer, § 133 Rn. 63.

Szenarien, sei es der Versicherungsnehmer oder der Empfänger von automatisierten Willenserklärungen, dies als zutreffend angesehen werden muss. Soweit die vorstehenden Vertragsparteien einen Vertrag abschließen wollen, müssen sie sich der Vertragsgestaltung des Versicherers bzw. des Verwenders von automatisierten Willenserklärungen unterwerfen.

(ee) Zwischenergebnis

Der vorstehende Abschnitt stand unter der Frage, ob automatisierte Willenserklärungen als „gewisse“ Fälle im Sinne der Motive verstanden werden können. Den Hintergrund dieser Frage bildeten die Motive zum BGB, in denen es heißt, dass „die Unklarheitenregel – soweit darin eine Strafvorschrift zu finden ist – für gewisse Fälle, insbesondere auf dem Gebiet des Versicherungsrechts, am Platze ist, allgemeine Berechtigung dem Satz aber nicht zukommt“.⁶²⁶

In diesem Zusammenhang ergab sich zunächst die Erkenntnis, dass die Unklarheitenregel eine rechtliche Konsequenz bzw. eine Rechtsfolge dergestalt beinhaltet, dass im Falle von unklaren bzw. mehrdeutigen Formulierungen eine Auslegung zugunsten des Erklärenden droht. Die Unklarheitenregel zielt damit auf die Sicherstellung einer klaren und eindeutigen Vertragsgestaltung ab, sodass die Unklarheitenregel im vorliegenden Fall als eine Art Strafvorschrift fungiert.

In einem zweiten Schritt wurde dargelegt, was unter dem Versicherungsrecht allgemein zu verstehen ist, bevor sodann die Frage aufgeworfen wurde, wieso die Unklarheitenregel für die Verfasser des BGB *insbesondere* auf Ebene des Versicherungsrechts statthaft erschien. Hierbei wurde unter anderem festgestellt, dass sich die Versicherungsunternehmen besonders sogenannter Verwirkungsklauseln bedienten, die den Versicherungsschutz stark beschränkten bzw. gänzlich ausschlossen. Es lag insoweit die Vermutung nahe, dass mit dem Versicherungsrecht eine gewisse Ungleichbehandlung bzw. eine ungleiche Risikoverteilung hinsichtlich der Vertragsausgestaltung assoziiert wurde und deshalb die Verfasser des BGB hier die Unklarheitenregel als statthaft angesehen haben. Mit dieser konnte gerade der organisatorische Vorsprung des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer aufgehoben werden, indem gegen ihn unklare Vertragsklauseln ausgelegt wurden.

In einem letzten Schritt wurde ein Vergleich zu automatisierten Willenserklärungen gezogen. Dieser ergab, dass sowohl im Verhältnis Versicherer zu Versicherungsnehmer als auch im Verhältnis Verwender von automatisierten Willenserklärungen zu deren Empfänger ein ungleiches Kräfteverhältnis in Bezug auf die Formulierung bzw. die Ausgestaltung des Vertrages besteht. Es wurde diesbe-

⁶²⁶ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

züglich mit dem Ergebnis geschlossen, dass automatisierte Willenserklärungen mit dem Versicherungsrecht im Sinne der Motive vergleichbar sind.

Dieses Ergebnis ermöglicht, automatisierte Willenserklärungen unter die „gewissen Fälle“ der Motive zu subsumieren. Denn die Verwendung des Adverbs „*insbesondere*“ bringt zum Ausdruck, dass etwas hervorgehoben werden soll, daneben aber noch andere denkbare Möglichkeiten bzw. Perspektiven bestehen. Mithin ist das Adverb „*insbesondere*“ nicht als abschließende Aufzählung zu verstehen, sondern als eine Hervorhebung von etwas Besonderem aus einer Gruppe. Da automatisierte Willenserklärungen bereits mit dem „besonderen“ Versicherungsrecht vergleichbar sind, ist anzunehmen, dass sie auch mit sonstigen „gewissen Fällen“ der Motive zum BGB vergleichbar sind bzw. hierunter subsumiert werden können. Damit können automatisierte Willenserklärungen als „gewisse Fälle“ im Sinne der Motive zum BGB angesehen werden, wodurch auch für diese eine Unklarheitenregel als statthaft bzw. am Platze zu sein erscheint.

(4) Ergebnis

Nach der zuvor untersuchten Regelungsabsicht des Gesetzgebers wurde zunächst von einer planmäßigen Unvollständigkeit ausgegangen. Zum einen hielt der BGB-Gesetzgeber eine *allgemeine* Unklarheitenregel für Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte für unnötig. Zum anderen wurde der Anwendungsbereich von § 305c Abs. 2 BGB nur auf Fälle des AGB-Rechts beschränkt. Die im vorstehenden Abschnitt gewonnenen Erkenntnisse könnten nun aber den Blickwinkel dieser Betrachtungsweise ändern. Es ist geboten, erneut über das Element der Planwidrigkeit nachzudenken.

Wie im Obigen festgestellt „schweigt“ das Gesetz hinsichtlich der Aufstellung einer allgemeinen Unklarheitenregel. Jedoch blieben bei dieser Feststellung die neu gewonnenen Erkenntnisse unberücksichtigt. Das Zwischenergebnis hat gezeigt, dass automatisierte Willenserklärungen ihrer Art nach als „gewisse Fälle“ im Sinne der Motive verstanden werden können. Dies muss im Ergebnis bedeuten, dass eine als Strafvorschrift zu verstehende Unklarheitenregel in solch einem Fall statthaft ist.⁶²⁷ Mithin bringt der BGB-Gesetzgeber durch die Motive zum Ausdruck, dass er für „gewisse Fälle“ die Unklarheitenregel als rechtliche Regelung zulassen will.⁶²⁸ Er erklärt folglich nicht, dass überhaupt keine rechtliche Regelung eintreten soll.⁶²⁹

⁶²⁷ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

⁶²⁸ Vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 39 ff.

⁶²⁹ Vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 40.

Jedoch könnte sich aus der Norm des § 305c Abs. 2 BGB selbst etwas anderes ergeben. Hier hat der BGB-Gesetzgeber eine Norm aus dem AGBG übernommen, welche nach ihrem Tatbestand und ihrer Rechtsfolge nur für den Fall von unklaren AGB ihre Rechtsfolge entfalten soll. Vor diesem Hintergrund könnte angenommen werden, dass der BGB-Gesetzgeber für einen anderen als diesen Fall die Rechtsfolge der Unklarheitenregel nicht wollte.⁶³⁰ Allerdings resultiert die Norm des § 305c Abs. 2 BGB aus Überlegungen zum AGBG, welches zunächst als Sondergesetz zum BGB aufgestellt wurde und sodann erst im Wege des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes in das BGB überführt wurde. Demzufolge sollte allein aus der Existenz von § 305c Abs. 2 BGB nicht geschlossen werden, dass der BGB-Gesetzgeber nur für diesen einen Fall die Rechtsfolge einer Unklarheitenregel zulassen wollte. Folglich muss zu dem Ergebnis gekommen werden, dass der BGB-Gesetzgeber sich nicht per se gegen eine Unklarheitenregel für unklare automatisierte Willenserklärungen gestellt hat. Aus den Motiven zum BGB geht nicht hervor, dass er die Unklarheitenregel als Strafvorschrift für bestimmte Fälle grundsätzlich ausschließen wollte.

Nach alledem kann es sich nicht um ein beredetes und damit planmäßiges Schweigen des Gesetzgebers handeln.⁶³¹ Denn weder bringt der ursprüngliche BGB-Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts noch der moderne BGB-Gesetzgeber der Schuldrechtsmodernisierung zum Ausdruck, dass er in dem fraglichen Fall überhaupt keine Regelung eintreten lassen will, noch zeigt er durch Verknüpfung einer Rechtsfolge mit einem bestimmten Tatbestand, dass er für einen anderen, nicht ausdrücklich geregelten Fall diese Rechtsfolge nicht will.⁶³² Gerade im letztgenannten Fall ermöglichen die Motive zum BGB, zu einem anderen Ergebnis zu kommen.

Da es sich nicht um eine planmäßige Unvollständigkeit handelt, soll im Umkehrschluss davon ausgegangen werden, dass es sich um eine planwidrige Unvollständigkeit handeln muss. Es kann nicht rekonstruiert werden, ob der historische BGB-Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts – hätte es dort bereits automatisierte Willenserklärungen gegeben – die Unklarheitenregel für diese zugelassen hätte oder ob er sich einer Unklarheitenregel in diesem Zusammenhang versperrt hätte. Mithin kommt es auf die individuelle und naturgemäß letztlich spekulative Interpretation der Ausführungen in den Motiven an.

Die vorstehende Untersuchung ergab, dass es sich per se nicht um eine planmäßige Unvollständigkeit handeln kann. Im Umkehrschluss kann mithin nur von einer planwidrigen Unvollständigkeit hinsichtlich der Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen ausgegangen werden. Schließlich ist nicht ersichtlich, dass die Rechtsfolge der Unklarheitenregel auf den Tatbestand der Aus-

⁶³⁰ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 40.

⁶³¹ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 40.

⁶³² *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 40.

legung von unklaren automatisierten Willenserklärungen nicht eintreten soll. In diesem Zusammenhang erscheint es sinnvoll, auch den seit dem Inkrafttreten des BGB vollzogenen technischen Wandel zu berücksichtigen. Massentauglichkeit und Rationalisierung von Vertragsprozessen stehen mehr und mehr im Vordergrund. Würde den automatisierten Willenserklärungen der Rückgriff auf eine (besondere) Unklarheitenregel versagt werden, so würde auch der mit ihnen erreichbare Fortschritt einer massentauglichen Vertragsabwicklung aufgehoben werden. Mangels eines einheitlichen Vorgehens im Falle von Mehrdeutigkeiten müsste stets eine individuelle Beurteilung erfolgen, welche die Dissens-Vorschriften auf den Plan ruft und sodann das Zustandekommen des Vertrages generell in Frage stellt. Das Risiko des Scheiterns wegen Dissenses würde dabei beiden Parteien auferlegt, obwohl es nur vom Verwender der automatisierten Willenserklärungen auszugehen scheint. Durch die Unklarheitenregel als Strafvorschrift kann eine Kompensation der Gestaltungsfreiheit des Verwenders automatisierter Willenserklärungen erreicht werden. Als „Sanktion“ muss er sich im Falle von unklaren automatisierten Willenserklärungen die Auslegung zu seinen Lasten gefallen lassen.

Zusätzlich kann angeführt werden, dass die Gefahr einer Ausweitung auf normale Willenserklärungen wegen der den automatisierten Willenserklärungen anhaftenden Charakteristika des unbestimmten anonymen Personenkreises und des Kriteriums der Vorformulierung nicht gesehen wird. Denn automatisierte Willenserklärungen kennzeichnen sich insbesondere dadurch, dass sie für den Abschluss von Massenverträgen eingesetzt werden, wo eine individuelle Vertragsverhandlung ausgeschlossen werden soll; Rationalisierungsprozesse stehen im Vordergrund.

Damit bleibt es im Ergebnis dabei, dass von einer planwidrigen Lücke im Gesetz ausgegangen wird. Es wurde festgestellt, dass es sich im Zusammenhang mit der Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen nicht um eine planmäßige Lücke handelt. Im Umkehrschluss soll insoweit davon ausgegangen werden, dass es sich um eine planwidrige Unvollständigkeit handelt. Dieses Ergebnis erscheint vor allem deshalb vertretbar, da das Element der Planwidrigkeit ein Werturteil enthält, welches vom Blickwinkel des geltenden Rechts bestimmt werden soll.⁶³³ Zudem wird sich nicht über den gesetzgeberischen Plan – keine allgemeine Unklarheitenregel in das BGB aufzunehmen – hinweggesetzt, da es sich bei Vorliegendem um eine besondere Auslegungsregel handelt, welche nur dann zur Anwendung gelangt, wenn es (nur) um die Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen geht. In Bezug auf die Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen soll daher von einer planwidrigen Unvollständigkeit ausgegangen werden.

⁶³³ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 31; *Larenz*, Methodenlehre, S. 282f.

cc) Wertungsgleichheit der Sachverhalte

Die Frage, ob die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB zulässig ist, beurteilt sich danach, ob geregelter und ungeregelter Sachverhalt einander ähneln bzw. wertungsgleich sind.⁶³⁴ Den geregelten Sachverhalt bildet die Auslegung von unklaren AGB, den ungeregelten die Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen. Dass die Rechtsfolge von § 305c Abs. 2 BGB auf die Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen angewendet werden sollte, könnte dem Gleichbehandlungsgrundsatz entnommen werden, Gleichartiges gleich zu behandeln.⁶³⁵ Vor diesem Hintergrund ist es wichtig zu beachten, dass es Unterschiede zwischen einem geregelten und einem ungeregelten Sachverhalt geben kann, aber diese Unterschiede sollten weder absolut gleich noch absolut ungleich sein.⁶³⁶ Erforderlich ist, dass sie in den für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Hinsichten übereinstimmen.⁶³⁷ Die für eine Analogie erforderliche Wertungsgleichheit bzw. Ähnlichkeit der Sachverhalte liegt somit vor, wenn die Anwendung der Norm des § 305c Abs. 2 BGB auf Fälle von unklaren automatisierten Willenserklärungen nicht gegen die Normensystematik, den gesetzgeberischen Willen oder den Normzweck verstößen würde.⁶³⁸ Ist dies der Fall, so kann eine Wertungsgleichheit bzw. hinreichende Ähnlichkeit angenommen werden, wenn ein systematischer, historischer oder teleologischer Aspekt für die Analogie spricht.⁶³⁹

Ziel dieses Abschnittes soll sein, die Wertungsgleichheit bzw. Ähnlichkeit der Sachverhalte nach den genannten Kriterien festzustellen. Zuerst gilt es die Ähnlichkeit der Sachverhalte zu untersuchen. Sodann wird die Vereinbarkeit der Anwendung der Norm mit deren Systematik etc. beurteilt. Abschließend wird geprüft, welche Aspekte für die Analogie sprechen und wie sich dies in einem Ergebnis zusammenführen lässt.

(1) Ähnlichkeit der Sachverhalte

Die Ähnlichkeit der Sachverhalte erfordert, dass AGB und automatisierte Willenserklärungen in gewissen Punkten übereinstimmen.⁶⁴⁰ Nicht erforderlich ist, dass die Sachverhalte einander in allen Punkten nahekommen, da sie ansonsten

⁶³⁴ BVerfGE 132, S. 99 (S. 129); *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 555; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 202.

⁶³⁵ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 381.

⁶³⁶ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 381; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 555.

⁶³⁷ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 381; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 555.

⁶³⁸ *Luther*, JA 2013, S. 449 (S. 451).

⁶³⁹ *Luther*, JA 2013, S. 449 (S. 451).

⁶⁴⁰ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 381.

nicht mehr ähnlich, sondern gleich wären.⁶⁴¹ Mithin sind sowohl die Punkte herauszuarbeiten, in welchen sich AGB und automatisierte Willenserklärungen gleichen, als auch die Punkte, in denen sie sich unterscheiden. Abschließend soll geklärt werden, ob sie in den für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Hinsichten übereinstimmen.

(a) Gemeinsamkeiten

Begonnen werden soll mit den Gemeinsamkeiten zwischen AGB und automatisierten Willenserklärungen. Eine wesentliche Übereinstimmung der beiden Sachverhalte findet sich in dem unbestimmten und anonymen Personenkreis. Wie auch schon in dem Abschnitt „Auslegung wie AGB“ festgestellt, werden automatisierte Willenserklärungen – insofern vergleichbar mit AGB – gegenüber einem unbestimmten und oftmals anonymen Personenkreis abgegeben.⁶⁴² Darüber hinaus haftet beidem das Kriterium der Vorformulierung an. Denn die Abgabe von automatisierten Willenserklärungen resultiert aus einer im Vorfeld vorgenommenen Softwareprogrammierung.⁶⁴³ Damit ist die Willenserklärung bereits vor Abschluss eines Vertrages entworfen. Zur (computergesteuerten) Abgabe dieser Willenserklärung bedarf es sodann nur noch des Eingreifens bestimmter Parameter, die der Kunde durch Ausfüllen einer Maske setzt. Im Falle von AGB ist es ebenfalls erforderlich, dass die Vertragsbedingungen vor Abschluss des Vertrages entworfen wurden.⁶⁴⁴

Darüber hinaus haben beide zum Ziel, Vertragsabschlüsse effizienter und einheitlicher auszugestalten, um so eine Rationalisierung von Geschäftsprozessen zu erreichen. Dahinter versteckt sich jedoch sowohl bei automatisierten Willenserklärungen als auch bei AGB das Risiko, dass allein der „Verwender“ Einfluss auf die Ausgestaltung nimmt und sich der Vertragspartner diesen nur unterwirft.⁶⁴⁵ Denn beide sind nicht auf ein konkretes Rechtsverhältnis zu einem einzelnen Kunden zugeschnitten, sondern auf eine Vielzahl von künftigen Rechtsverhältnissen mit einem mehr oder weniger großen Kreis künftiger Kunden.⁶⁴⁶ Damit verschiebt sich das Risiko der Klarheit des Vertrages auf den jeweiligen Verwender. Mithin kann zu dem Ergebnis gekommen werden, dass AGB und automatisierte Willenserklärungen in gewisser Hinsicht (unbestimmter, anonymer Personenkreis und Vorformulierung) übereinstimmen.

⁶⁴¹ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 381.

⁶⁴² MüKoBGB/Busche, § 133, Rn. 25; Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 964).

⁶⁴³ Köhler, BGB Allgemeiner Teil, § 6 Rn. 8; Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, § 17 Rn. 32a.

⁶⁴⁴ MüKoBGB/Basedow, § 305c Rn. 13; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305 Rn. 21; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305 Rn. 14.

⁶⁴⁵ Vgl. BT-Drucks. 7/5422.

⁶⁴⁶ Vgl. MüKoBGB/Basedow, § 305c Rn. 28.

(b) Unterschiede

Neben den Übereinstimmungen gilt es auch die Unterschiede zwischen AGB und automatisierten Willenserklärungen herauszuarbeiten. Hinsichtlich des Rechtscharakters lässt sich feststellen, dass automatisierte Willenserklärungen rechtsgeschäftliche Erklärungen und damit echte Willenserklärungen sind.⁶⁴⁷ Bei AGB handelt es sich dagegen um vertraglich vereinbarte Regeln, deren Besonderheit vor allem darin besteht, dass sie einseitig vorgegeben werden.⁶⁴⁸ AGB müssen vom Verwender wirksam in den Vertrag einbezogen worden sein. Fehlt eine Einbeziehungsvoraussetzung, so gilt der Vertrag ohne AGB.⁶⁴⁹ Eine automatisierte Willenserklärung wird dagegen bereits wirksam, wenn die Erklärung erkennbar geäußert und sodann (computergesteuert) abgegeben wird.⁶⁵⁰ Charakteristisch ist, dass die mit der (automatisierten) Willenserklärung in Aussicht genommene Rechtsfolge eintreten soll, weil der Erklärende sie herbeiführen will.⁶⁵¹ Im Gegensatz zu AGB sind (automatisierte) Willenserklärungen darauf aus, ein Rechtsverhältnis zu begründen, zu ändern oder aufzuheben.⁶⁵² AGB modifizieren den Vertragsinhalt. Insoweit unterscheiden sich automatisierte Willenserklärungen von AGB in ihrer rechtlichen Funktion.

(c) Übereinstimmung in maßgeblichen Hinsichten

An dieser Stelle soll geklärt werden, ob automatisierte Willenserklärungen in den für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Hinsichten übereinstimmen. Die für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Hinsichten ergeben sich aus der Norm des § 305c Abs. 2 BGB selbst. Hierunter fallen die Normsystematik, der gesetzgeberische Wille und der Normzweck. Es ist zu klären, ob automatisierte Willenserklärungen mit einem dieser Punkte vereinbar sind.⁶⁵³ Sodann soll in einem letzten Schritt untersucht werden, ob (systematische, historische oder teleologische) Aspekte für eine Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB sprechen.

(aa) Vereinbarkeit mit der Normsystematik

Die Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen müsste mit der Normsystematik von § 305c Abs. 2 BGB vereinbar sein. Unter dem Begriff

⁶⁴⁷ Köhler, BGB Allgemeiner Teil, § 6 Rn. 8; Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, § 17 Rn. 32a.

⁶⁴⁸ BeckOGK BGB/Lehmann-Richter, § 305 Rn. 39; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, Vorbemerkung § 305 Rn. 46; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, Vorbemerkung § 305 Rn. 16.

⁶⁴⁹ BGH NJW 2010, S. 864.

⁶⁵⁰ Grüneberg/Ellenberger, § 130 Rn. 1; BeckOGK BGB/Gomille, § 130 Rn. 11.

⁶⁵¹ Bork, BGB AT, Rn. 566.

⁶⁵² BeckOGK BGB/Gomille, § 130 Rn. 11; Flume, BGB AT II, § 4, 5.

⁶⁵³ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 381.

„Normsystematik“ wird die äußere Systematik des Gesetzes verstanden. Hierzu zählen der Aufbau, die Gliederung und die Struktur des Gesetzes.⁶⁵⁴ Die Normsystematik knüpft damit an die die Normen umgebenden Normen an und zieht Rückschlüsse aus den Überschriften, vorangehenden Vorschriften oder der generellen Verortung der Norm.⁶⁵⁵

In Bezug auf § 305c Abs. 2 BGB lässt sich die Normsystematik wie folgt beschreiben. Die Norm ist im zweiten Buch des BGB „Recht der Schuldverhältnisse“ und damit im Allgemeinen Teil des Schuldrechts aufgeführt. Sie ist sodann unter dem zweiten Abschnitt „Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen“ verortet. Dabei dient der zweite Abschnitt der Umsetzung der Richtlinie RL 93/12/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherträgen. Die amtliche Überschrift der Norm lautet „Überraschende und mehrdeutige Klauseln“. Der erste Absatz der Norm regelt, dass überraschende Klauseln, mit denen der Verbraucher nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil werden (§ 305c Abs. 1 BGB). Damit fungiert er nicht als Grundregel für den folgenden Absatz, sondern hat vielmehr eine eigenständige Funktion, indem er das Vertrauen der Verbraucher zu schützen versucht.⁶⁵⁶ Damit kommt auch § 305c Abs. 2 BGB eine eigenständige Rolle zu. Mithin ist die Norm des § 305c Abs. 2 BGB systematisch im AGB-Recht des BGB zu verorten und hat (nur) dort ihren Wirkungsbereich bzw. Anwendungsbereich.

Damit ist geklärt, ob unklare automatisierte Willenserklärungen mit der Norm des § 305c Abs. 2 BGB systematisch vereinbar sind. Die Antwort darauf muss in einem „Nein“ liegen. Zum einen deutet sowohl die amtliche Überschrift des zweiten Abschnitts als auch die amtliche Überschrift von § 305c Abs. 2 BGB an, dass nur AGB-Klauseln berücksichtigt werden sollen. Automatisierte Willenserklärungen sind aber rechtlich gesehen „normale“ Willenserklärungen und damit keine AGB im Sinne der §§ 305 ff. BGB. Daran ändert sich auch nichts, wenn die einschlägigen Vergleichsmerkmale hinzugezogen werden würden. Denn diese zeigen nur auf, dass AGB und automatisierte Willenserklärungen miteinander vergleichbar, aber dennoch nicht „gleich“ sind. Mithin können automatisierte Willenserklärungen systematisch gesehen nicht mit den §§ 305 ff. BGB bzw. genauer mit der Norm § 305c Abs. 2 BGB vereinbart werden, da diese lediglich für das AGB-Recht konzipiert wurde.

Dass automatisierte Willenserklärungen mit der Normsystematik von § 305c Abs. 2 BGB unvereinbar sind, führt indessen nicht dazu, dass eine Ähnlichkeit der Sachverhalte gänzlich abgelehnt werden muss. Denn die einzelnen Prüfungs-

⁶⁵⁴ Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 311.

⁶⁵⁵ Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 311.

⁶⁵⁶ BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 2; MüKoBGB/-Basedow, § 305c Rn. 1 f.; BT-Drucks. 7/3919, S. 19 zu § 3 Abs. 1 AGBG.

punkte (Normsystematik, gesetzgeberischer Wille, Normzweck) stehen nicht in einem kumulativen Verhältnis, sondern in einem alternativen.⁶⁵⁷ Damit genügt es, eine Vereinbarkeit festzustellen, um die Ähnlichkeit der Sachverhalte annehmen zu können.

(bb) Vereinbarkeit mit dem gesetzgeberischen Willen

Die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen müsste alternativ mit dem § 305c Abs. 2 BGB zugrunde liegenden gesetzgeberischen Willen vereinbar sein. Der gesetzgeberische Wille hinter § 305c Abs. 2 BGB ergibt sich aus dem Gesetzesentwurf zum AGBG und der darin zu findenden Regelungsabsicht und wurde bereits im Vorstehenden unter dem Abschnitt der „Planwidrigkeit“ besprochen.⁶⁵⁸

Wie bereits angeführt, basiert die heutige Norm des § 305c Abs. 2 BGB auf der damaligen Norm § 5 AGBG. Nach dem Willen des damaligen AGBG-Gesetzgebers sollte die Norm dazu dienen, eine durch die Rechtsprechung entwickelte Unklarheitenregel aufzunehmen, die bei der Auslegung von AGB eingesetzt werden sollte.⁶⁵⁹ Sie sollte eine Risikoverteilung zulasten des AGB-Verwenders vornehmen, wenn der Inhalt einer Klausel nicht eindeutig feststellbar war.⁶⁶⁰ Zudem sollte der Verwender von AGB dazu angehalten werden, AGB in Zukunft klarer und eindeutiger abzufassen.⁶⁶¹ Damit lag der gesetzgeberische Wille in dem Bestreben, den Verbraucher vor unlauteren Geschäftsmethoden stärker zu schützen und seine Marktposition zu verbessern.⁶⁶² Ganz allgemein sollte ein angemessener Ausgleich der Interessen und damit Vertragsgerechtigkeit erreicht werden.⁶⁶³

Ob die Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen mit dem gesetzgeberischen Willen vereinbar ist, beurteilt sich anhand der vorstehenden Gesichtspunkte. Diese sind jedoch mit keinerlei Anhaltspunkten versehen, die darauf hindeuten würden, dass die Unklarheitenregel auf andere Sachverhalte außerhalb des AGB-Rechts angewendet werden sollte.⁶⁶⁴ Vielmehr wurde die Unklarheitenregel selbst als eine von der Rechtsprechung entwickelte Regelung angesehen, die nur bei der Auslegung von AGB Anwendung finden sollte.⁶⁶⁵

⁶⁵⁷ Vgl. Luther, JA 2013, S. 449 (S. 451); Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 381 f.

⁶⁵⁸ Siehe hierzu im Abschnitt „Regelungsabsicht des § 305c Abs. 2 BGB“.

⁶⁵⁹ BT-Drucks. 7/3200, S. 10.

⁶⁶⁰ BT-Drucks. 7/5422, S. 5.

⁶⁶¹ BT-Drucks. 7/5422, S. 5.

⁶⁶² BT-Drucks. VI/2724, S. 7.

⁶⁶³ BT-Drucks. 7/3919, S. 13.

⁶⁶⁴ BT-Drucks. 7/3200, S. 2, S. 10; BT-Drucks. 7/5422, S. 5.

⁶⁶⁵ BT-Drucks. 7/3200, S. 10 mit Verweis auf BGHZ 5, S. 111; 22, S. 96 sowie BT-Drucks. 7/5422, S. 5.

Eine Erweiterung auf sonstige Sachverhalte wie etwa auf die Auslegung von Willenserklärungen kann den Entwürfen zum AGBG nicht entnommen werden.⁶⁶⁶ § 5 AGBG bzw. § 305c Abs. 2 BGB stellt insoweit eine besondere Auslegungsregel nur für Fälle von AGBG auf. Insofern erscheint es als mit dem gesetzgeberischen Willen unvereinbar, dass die Norm des § 305c Abs. 2 BGB auf außerhalb des AGB-Rechts liegende Sachverhalte – damit auch auf unklare automatisierte Willenserklärungen – ausgeweitet wird.

(cc) Vereinbarkeit mit dem Normzweck

In einem letzten Schritt soll die Vereinbarkeit mit dem Normzweck von § 305c Abs. 2 BGB untersucht werden. Sollte die Untersuchung ergeben, dass die Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen nach § 305c Abs. 2 BGB nicht mit dem Normzweck von § 305c Abs. 2 BGB vereinbar ist, so müsste die hinreichende Ähnlichkeit der Sachverhalte abgelehnt werden, was wiederum die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB als solche infrage stellen würde. Vor diesem Hintergrund gilt es die Vereinbarkeit mit dem Normzweck genau zu beleuchten.

Unter dem Begriff des Normzwecks soll der zugrunde liegende Hauptgedanke einer Rechtsnorm verstanden werden – mit anderen Worten das Ziel, welches mit der Rechtsnorm erreicht werden soll.⁶⁶⁷ Da sich der Normzweck von § 5 AGBG bzw. § 305c Abs. 2 BGB nicht aus einer vorangestellten Präambel des Gesetzes ergibt, muss der Normzweck im Folgenden erst noch konkret ermittelt werden.⁶⁶⁸ Dabei sind die Beweggründe des Gesetzgebers zu erforschen, wieso er bestimmte Regelungs- und Wertentscheidungen mit der Vorschrift des § 305c Abs. 2 BGB treffen wollte.⁶⁶⁹ Um die Beweggründe zu erforschen, ist allerdings weniger auf den (subjektiven) Willen des (historischen) Gesetzgebers abzustellen, sondern vielmehr auf das objektiv in der Norm zum Ausdruck kommende Ziel.⁶⁷⁰ Da sich dieses im Laufe der Zeit verändern kann, kann es auch auf den aktuellen Moment der Rechtsanwendung ankommen.⁶⁷¹ Schließlich ist kein Gesetz in seinem Anwendungsbereich per se auf die vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Fälle begrenzt.⁶⁷² Vielmehr entwickelt sich das Gesetz fortwährend weiter und

⁶⁶⁶ BT-Drucks. 7/3919, S. 47, Stellungnahme des Bundesrates; BT-Drucks. 7/5422, S. 5.

⁶⁶⁷ Vgl. bspw. *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 2 Rn. 18 ff.

⁶⁶⁸ Siehe BGBl. I, S. 946; BGBl. III/FNA 402-28; BGBl. I, S. 3138.

⁶⁶⁹ *Schwacke*, Juristische Methode, S. 99 ff.; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 358 ff.

⁶⁷⁰ *Schwacke*, Juristische Methode, S. 99 ff.; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 358 ff.

⁶⁷¹ *Schwacke*, Juristische Methode, S. 101 ff.

⁶⁷² BGHSt 10, S. 157 (S. 159), Verweis auf RGSt 12, S. 371 f., BGHSt 1, S. 1.

muss folglich an neue Lebensverhältnisse sinnvoll und rechtmäßig angepasst werden.⁶⁷³ Hat demnach der Gesetzgeber die veränderten Verhältnisse nicht vorhersehen können, ist der Normzweck anhand des aktuellen Momentes der Rechtsanwendung zu bestimmen.⁶⁷⁴

Im Falle des § 305c Abs. 2 BGB hatte der damalige AGBG-Gesetzgeber den Anspruch, eine besondere Auslegungsregel für AGB bereitzustellen.⁶⁷⁵ Der Beweggrund für die Aufnahme einer besonderen Auslegungsregel kann darin gesehen werden, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es sich bei AGB um Vertragsbedingungen handelt, die für einen unbestimmten anonymen Personenkreis zugeschnitten sind, um eine Vielzahl von künftigen Verträgen einheitlich abwickeln zu können.⁶⁷⁶ Da in solch einem Falle der Einfluss auf die Vertragsgestaltung beim Verwender liegt, erschien es unangemessen, beiden Parteien das Risiko für die Klarheit des Vertrages aufzuerlegen. Statt dass auf die Dissens-Vorschriften ausgewichen wurde, sollte mithilfe der Unklarheitenregel das Risiko der Klarheit auf den Verwender übergehen;⁶⁷⁷ es wurde folglich eine Risikoverteilung vorgenommen.⁶⁷⁸ Der Gesetzgeber versprach sich durch die Aufnahme der Unklarheitenregel den vorherrschenden Interessenkonflikt der Parteien zu regeln, indem im Falle von Auslegungszweifeln diejenige Deutung zugrunde gelegt wurde, die für den Vertragspartner des Verwenders die günstigere sei.⁶⁷⁹ Zusammengefasst kann der Normzweck von § 305c Abs. 2 BGB allgemein darin gesehen werden, einen organisatorischen Vorsprung zwischen zwei Parteien aufzufangen, indem eine Risikoverteilung vorgenommen wird, sodass es zu einer gerechten und angemessenen Vertragsbeziehung kommen kann.

Fraglich ist nun, ob sich die Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen nach § 305c Abs. 2 BGB mit diesem Normzweck vereinbaren lässt. Dafür spricht, dass automatisierte Willenserklärungen ebenfalls nicht für ein konkretes Vertragsverhältnis konzipiert werden. Vielmehr haben sie ebenfalls das Ziel, eine Vielzahl gleichartiger Verträge mit einem unbestimmten anonymen Personenkreis abzuschließen. Dabei scheint der vertragliche Einfluss des Vertragspartners – wie auch bei AGB – beschränkt. Denn der Verwender von automatisierten Willenserklärungen legt im Vorfeld die Parameter fest, wann und wie die automatisierten Willenserklärungen (computergesteuert) abgegeben werden

⁶⁷³ BGHSt 10, S. 157 (S. 159), Verweis auf RGSt 12, S. 371 f., BGHSt 1, S. 1.

⁶⁷⁴ Schwacke, Juristische Methode, S. 102.

⁶⁷⁵ BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 5.

⁶⁷⁶ BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 5.

⁶⁷⁷ BT-Drucks. 7/39/19, S. 47.

⁶⁷⁸ BT-Drucks. 7/39/19, S. 47.

⁶⁷⁹ Hellwege, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, S. 498 ff.; BeckOK BGB/H. Schmidt, § 305c Rn. 42.

sollen.⁶⁸⁰ Der Vertragspartner muss sich – ohne individuell auf die Vertragsausgestaltung einzuwirken – mit den Bedingungen arrangieren. Andernfalls wird keine automatisierte Willenserklärung abgegeben – ein Vertrag kommt nicht zu stande. Der Verwender von automatisierten Willenserklärungen möchte insoweit sicherstellen, dass er einheitliche Verträge abschließen kann, um einen möglichst großen Kundenkreis ohne weitere Ressourcenaufwendung zu bedienen. Der Vertragspartner ist insoweit diesem Zustand ausgesetzt.

Des Weiteren kommt hinzu, dass kein Gesetz in seinem Anwendungsbereich per se auf die vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Fälle begrenzt wurde.⁶⁸¹ Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des AGBG im April 1977⁶⁸² war bspw. nicht absehbar, wie sich der elektronische und automatisierte Rechtsverkehr entwickeln würde. Zwar war der Einsatz automatisierter Einrichtungen zur Vornahme von Rechtsgeschäften nicht neu: Waren- und Dienstleistungsautomaten waren schließlich bereits in Gebrauch.⁶⁸³ Jedoch veränderte sich das Verhältnis zur Automatisierung vor allem durch den Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen zur Vornahme von Rechtsgeschäften.⁶⁸⁴ Der Gesetzgeber konnte zu diesem Zeitpunkt nicht erahnen, dass in Zukunft Verträge vermehrt mittels automatisierter Willenserklärungen abgeschlossen werden können, die sich – wie AGB – an einen unbestimmten und anonymen Personenkreis richten. Auch der Gesetzgeber von 2001, der die Norm des § 5 AGBG im Wege der Schuldrechtsmodernisierung in § 305c Abs. 2 BGB überführte, konnte noch nicht die sich vollziehenden technischen Neuerungen absehen.⁶⁸⁵ Insoweit erscheint es sinnvoll, den Normzweck von § 305c Abs. 2 BGB an die stetig neuen Lebensverhältnisse – Einsatz von automatisierten Willenserklärungen – sinnvoll und rechtmäßig anzupassen.⁶⁸⁶ Ausgehend von dem „übergeordneten“ Zweck, alle Lebenslagen und -konflikte gerecht zu regeln, müsste zu dem Ergebnis gekommen werden, dass es aufgrund der bestehenden Gemeinsamkeiten als gerecht erscheint, die Auslegung

⁶⁸⁰ Köhler, BGB Allgemeiner Teil, § 6 Rn. 8; Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, § 17 Rn. 32a.

⁶⁸¹ BGHSt 10, S. 157 (S. 159), Verweis auf RGSt 12, S. 371 f., BGHSt 1, S. 1.

⁶⁸² BGBI. I, S. 3317.

⁶⁸³ Köhler, AcP 182 (1981), S. 126 (S. 132).

⁶⁸⁴ Erste Diskussionen zu Automatisierung und Rechtsgeschäft finden sich bereits vor knapp 40 Jahren, insbesondere in dem Aufsatz von Köhler AcP 182 (1981), S. 126 (S. 132); siehe auch Paulus/Matzke, ZfPW, 2018, S. 431 (S. 433).

⁶⁸⁵ Als technische Neuerung kann hier beispielhaft die im Jahr 2008 vorgestellte Erfindung des als „Blockchain“ bezeichneten dezentralisierten, das heißt von keiner zentralen Instanz geführten Datenbanksystems und dessen seither immer öfter erfolgenden Nutzung zur Implementierung „autonomer“, das heißt unabhängig von Einflüssen Dritter operierender Smart Contracts angeführt werden. Satoshi Nakamoto: Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System (2008), <https://bitcoin.org/-bitcoin.pdf> (zuletzt geprüft am 11.05.2023); Paulus/Matzke, ZfPW, 2018, S. 431 (S. 433).

⁶⁸⁶ Vgl. BGHSt 10, S. 157 (S. 159), Verweis auf RGSt 12, S. 371 f., BGHSt 1, S. 1; Schwacke, Juristische Methode, S. 101 ff.

von unklaren automatisierten Willenserklärungen so zu behandeln wie die Auslegung von unklaren AGB. Schließlich richten sich beide zum einen an einen unbestimmten anonymen Personenkreis, zum anderen verringern beide durch Vorformulierungen die Einwirkungsmöglichkeiten des Vertragspartners.

Aber nicht nur nach dem „übergeordneten“ Zweck von Gesetzen, sondern auch vor dem Hintergrund der neuen – sich verändernden – Lebensverhältnisse⁶⁸⁷ scheint die Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen über die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB mit dem „speziellen“ Normzweck von § 305c Abs. 2 BGB vereinbar. Denn letztlich bedient sich der Verwender automatisierter Willenserklärungen nur, um eine gewisse Rationalisierung in seinen Geschäftsabläufen zu erreichen, und vernachlässigt dadurch wiederum die individuelle Kundenbetreuung. Sein Ziel liegt darin, einen möglichst großen (unbestimmten) Personenkreis zu bedienen. Damit ähneln sich AGB und automatisierte Willenserklärungen dergestalt, dass die Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen nach § 305c Abs. 2 BGB mit dem Normzweck von § 305c Abs. 2 BGB vereinbar ist. Automatisierte Willenserklärungen stimmen in den für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Hinsichten mit AGB überein.

(dd) Systematische, historische oder teleologische Aspekte

Dass die Anwendung von § 305c Abs. 2 BGB auf unklare automatisierte Willenserklärungen als mit dem Normzweck vereinbar erscheint, genügt nicht, um die Ähnlichkeit der Sachverhalte zu begründen. Eine hinreichende Ähnlichkeit liegt nur vor, wenn ein (einiger) systematischer, historischer oder teleologischer Aspekt dafürsprechen würde.⁶⁸⁸ Da die Untersuchung einen historischen Schwerpunkt aufweist, erscheint es sinnvoll, sich auf historische Aspekte zu konzentrieren. In diesem Zusammenhang soll nicht erneut die Entwicklung der Unklarheitenregel wiederholt werden, sondern es sollen nur die relevantesten Erkenntnisse wiedergegeben werden, die auch historische Aspekte für die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB liefern.

Wie bereits in dem vorstehenden Kapitel zur historischen Entwicklung der (allgemeinen) Unklarheitenregel festgestellt, handelt es bei der Unklarheitenregel um keine unbekannte Auslegungsmaxime. Vielmehr hat die Unklarheitenregel an sich eine lange Tradition und reicht bis weit in das römische Recht zurück.⁶⁸⁹

⁶⁸⁷ Insbesondere im Hinblick auf die sich ergebenden technischen Veränderungen. Siehe nicht zuletzt die Entwicklung des Chatbots ChatGPT, der als Sprach-KI aus Textdaten aus dem Internet Texte selbst generiert (<https://openai.com/blog/chatgpt/>, zuletzt geprüft am 11.05.2023).

⁶⁸⁸ Luther, JA 2013, S. 449 (S. 451); Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 381f.

⁶⁸⁹ Vgl. hierzu BGH NJW 2010, S. 2877; Wacke, JA 1981, S. 666; Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 11; HKK-BGB/Vogenauer, §§ 305–310 (III) Rn. 14; Hönsell, FG Max Kaser, 1986, S. 73.

Folglich ist die Unklarheitenregel weder eine Erfindung des AGBG-Gesetzgebers noch ist sie von der neueren Rechtsprechung entwickelt worden.⁶⁹⁰ Die in § 305c Abs. 2 BGB zu findende Unklarheitenregel kann vielmehr auf längst bekannte Auslegungsmaximen des römischen Rechts zurückgeführt werden: *ambiguitas contra stipulatorem* und *ambiguum pactum contra venditorem et locatorem*.⁶⁹¹

Im Verlaufe der Rechtsgeschichte findet sich die Unklarheitenregel zudem in verschiedenen Rechtsordnungen in unterschiedlichen Formen wieder.⁶⁹² War sie zunächst auf einen bestimmten Vertragstypus bzw. auf eine bestimmte Vertragsform beschränkt, so wurde sie alsbald zu einer allgemeinen Auslegungsmaxime mit einem weiten Anwendungsbereich ausgedehnt.⁶⁹³ Stets stand dabei ein Ausgleich der Parteien im Vordergrund; die Unklarheitenregel hatte zum Ziel, ein gewisses Ungleichgewicht zwischen den Parteien auszugleichen, welches aufgrund einer einseitigen Vertragsgestaltung drohte.⁶⁹⁴ Vor diesem Hintergrund erscheint die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB aus historischen Aspekten sinnvoll. Schließlich findet sich sie sich in unterschiedlichsten Rechtsordnungen verschiedenster Zeitalter wieder. Der Grundsatz, dass eine unklare bzw. undeutliche Formulierung zulasten des Formulierenden gehen soll, wird nicht zuletzt auch in der heutigen Literatur immer noch vertreten.⁶⁹⁵ Zwar wird grundsätzlich eine allgemeine Unklarheitenregel abgelehnt,⁶⁹⁶ jedoch ergeben sich aus den Motiven zum BGB keine stichhaltigen Argumente, eine Unklarheitenregel für automatisierte Willenserklärungen abzulehnen.⁶⁹⁷

⁶⁹⁰ BeckOK BGB/H. Schmidt, § 305c Rn. 42; zur Entwicklung der Unklarheitenregel durch die Rechtsprechung siehe BT-Drucks. 7/3200, S. 10 oder auch BT-Drucks. 7/3919, S. 60.

⁶⁹¹ So Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 65.

⁶⁹² Siehe hierzu HKK-BGB/Vogenauer, § 305–310 (III) Rn. 13.

⁶⁹³ Siehe hierzu bspw. Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 14f., S. 65f.; Wacke, JA 1981, S. 666; HKK-BGB/Vogenauer, §§ 305–310 (III) Rn. 17; Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, S. 226; HKK-BGB/Vogenauer, § 305–310 (III) Rn. 22; vgl. Hattenhauer/Schäfer, Sächsisches BGB, §§ 809–813 Rn. 11 (abrufbar unter <https://gepris.dfg.de/gepris/OCTOPUS/?module=gepris&task=showDetail&context=projekt&id=198627044>, zuletzt geprüft am 11.05.2023); Siebenhaar/Pöschmann, Kommentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, Band II, S. 104.

⁶⁹⁴ Siehe hierzu bspw. Glosse legem zu D. 2,14,39; Troje, Ambiguitas contra stipulatorem, S. 128; Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 14f.; Savigny, Das Obligationenrecht, Band 2, S. 193 f.; vgl. Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, S. 226; HKK-BGB/Vogenauer, § 305–310 (III) Rn. 27.

⁶⁹⁵ Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 428; unter Verweis auf BGHZ 54, S. 299 (S. 305); Kötz, FS Zeuner, 1994, S. 219 (S. 230).

⁶⁹⁶ BGHZ 5, S. 111; VersR 1971, S. 172; DB 1973, S. 139; MüKoBGB/Busche, § 133 Rn. 24f.; NK-BGB/Looschelders, § 133 Rn. 23; Jauernig/Jauernig, § 133 Rn. 11; m.W.N. Janal, AcP 215 (2015), S. 830 (S. 852).

⁶⁹⁷ Der Entschluss wird nur damit begründet, dass unklar ist, ob die Unklarheitenregel eine Wahrscheinlichkeitsrechnung hervorhebt oder einen positiven Rechtssatz bildet. Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deut-

Mithin spricht für die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB die lange Tradition der Unklarheitenregel und deren allgemeine Anerkennung in den verschiedensten Epochen der Rechtswissenschaften. Dass die Unklarheitenregel nur für das Recht der AGB und nicht als allgemeine Auslegungsregel Einzug in das deutsche Recht fand, darf folglich nicht bedeuten, dass die Unklarheitenregel nur auf diesem Gebiet ihren Nutzen hat. Denn gerade die Historie zeigt, dass die Unklarheitenregel für jede Art von Vertrag bzw. Umstand eingesetzt werden konnte. Mittels dieser historischen Aspekte kann eine hinreichende Ähnlichkeit der beiden Sachverhalte (AGB und automatisierte Willenserklärungen) angenommen werden.

(2) Ergebnis

Dieser Abschnitt hat sich der Frage gewidmet, ob geregelter und ungeregelter Sachverhalt einander ähneln bzw. wertungsgleich sind.⁶⁹⁸ Es wurde festgestellt, dass geregelter und ungeregelter Sachverhalt in den für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Hinsichten übereinstimmen und insoweit weder absolut gleich noch absolut ungleich sind. Zwar entspricht die Anwendung der Norm des § 305c Abs. 2 BGB nicht der Normensystematik und dem gesetzgeberischen Willen hinter § 305c Abs. 2 BGB. Jedoch ist die Anwendung von § 305c Abs. 2 BGB auf unklare automatisierte Willenserklärungen mit dem Normzweck von § 305c Abs. 2 BGB vereinbar. Aufgrund dieser Vereinbarkeit und aufgrund von einschlägigen historischen Aspekten, die für die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB sprechen, kann eine hinreichende Ähnlichkeit der Fälle und damit die Wertungsgleichheit angenommen werden. Im Ergebnis sind geregelter und ungeregelter Sachverhalt wertungsgleich.

dd) Zulässigkeit der Analogie – Ergebnis

Der vorstehende Abschnitt befasste sich mit der Frage, ob die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB zulässig ist. Untersucht wurden das Vorliegen einer planwidrigen Unvollständigkeit und die Wertungsgleichheit der Sachverhalte. Im Fokus stand sowohl die Geschichte als auch die Entwicklung der Unklarheitenregel in der Rechtswissenschaft, welche jeweils wertvolle Erkenntnisse sowie Argumente für die einzelnen Analogievoraussetzungen hervorbrachten. Die Untersuchung ist schließlich zu dem Ergebnis gekommen, dass die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB als zulässig angesehen werden kann.

sche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155. Die Unklarheitenregel wird fortan nur noch zur Auslegung von AGB herangezogen, bevor sie im Jahre 1976 im AGBG kodifiziert wird, vgl. RGZ 131, S. 343, S. 350; MDR 1962, S. 979.

⁶⁹⁸ Siehe zum Prüfungspunkt der Wertungsgleichheit: BVerfGE 132, S. 99 (S. 129); Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 555; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 202.

Die Untersuchung der einzelnen Analogievoraussetzungen erfolgte in einem Dreischritt. Begonnen wurde mit dem Prüfungspunkt der Unvollständigkeit des Gesetzes. Im Ergebnis steht, dass es für die Auslegung von unklaren (automatisierten) Willenserklärungen an einer *konkreten Auslegungsnorm* fehlt. Die kodifizierten Auslegungsnormen des BGB finden entweder keine unmittelbare Anwendung im Falle von Unklarheiten oder sie führen dazu, dass der Vertrag erst gar nicht zustande kommen kann (Anwendung der Dissens-Vorschriften). Eine allgemeine Unklarheitenregel bzw. zumindest eine Norm, die der Rechtsfolge der Unklarheitenregel von § 305c Abs. 2 BGB für allgemeine Fälle außerhalb von AGB gleichkommt, ist im BGB nicht vorgesehen. Vor diesem Hintergrund konnte von der Unvollständigkeit des Gesetzes ausgegangen werden.

Allein die Feststellung der Unvollständigkeit des Gesetzes genügte jedoch nicht, um von der Zulässigkeit der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB ausgehen zu können. Die Unvollständigkeit musste vielmehr planwidrig sein. Hierzu wurde zuerst auf die einschlägigen Gesetzesmaterialien des BGB bzw. AGBG-Gesetzgebers zurückgegriffen. In diesem Zusammenhang musste zunächst von einer planmäßigen Unvollständigkeit des Gesetzes ausgegangen werden. Denn zum einen hatte sich der BGB-Gesetzgeber bewusst gegen die Aufnahme einer allgemeinen Unklarheitenregel gestellt. Zum anderen hatte es der AGBG-Gesetzgeber aber auch bewusst unterlassen, den Anwendungsbereich von § 305 Abs. 2 BGB auszudehnen. Die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB wäre unzulässig.

Aus diesem Hintergrund konzentrierte sich die Untersuchung auf Formulierungen in den Motiven zum ersten Entwurf des BGB. In diesen war die Rede davon, dass die Aufstellung einer Unklarheitenregel, soweit darin nicht bloß eine Wahrscheinlichkeitsrechnung, sondern eine Strafvorschrift zu finden wäre, für gewisse Fälle, insbesondere auf dem Gebiet des Versicherungsrechts am Platze sei.⁶⁹⁹ Da diese Formulierung Raum für Interpretation ließ, wurde versucht (unklare) automatisierte Willenserklärungen unter die Tatbestände der Motive zu subsumieren.⁷⁰⁰ In diesem Zusammenhang wurde festgestellt, dass automatisierte Willenserklärungen ihrer Art nach als „gewisse Fälle“ im Sinne der Motive verstanden werden können. Zudem konnte der Unklarheitenregel ein gewisser Sanktions- bzw. Strafcharakter zugesprochen werden. Folglich brachte der BGB-Gesetzgeber weder zum Ausdruck, dass er in dem fraglichen Fall überhaupt keine Regelung eintreten lassen wollte, noch zeigte er durch Verknüpfung einer Rechtsfolge mit einem bestimmten Tatbestand, dass er für einen anderen, nicht ausdrücklich

⁶⁹⁹ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

⁷⁰⁰ Siehe hierzu Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

geregelten Fall diese Rechtsfolge nicht will.⁷⁰¹ Da es sich damit nicht um eine planmäßige Unvollständigkeit handelte, wurde im Umkehrschluss von einer planwidrigen Unvollständigkeit ausgegangen.⁷⁰²

In einem letzten Schritt wurde sich mit der erforderlichen Wertungsgleichheit beschäftigt.⁷⁰³ Zunächst wurden hierfür die Unterschiede und Gemeinsamkeiten von geregeltem und ungeregeltem Sachverhalt herausgearbeitet, bevor sich sodann mit deren Übereinstimmung befasst wurde. Hierbei wurde festgestellt, dass die Anwendung von § 305c Abs. 2 BGB auf unklare automatisierte Willenserklärungen mit dem Normzweck von § 305c Abs. 2 BGB zu vereinbaren ist. Infolge dieser Vereinbarkeit und aufgrund von einschlägigen historischen Aspekten, die für die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB sprechen, konnte eine hinreichende Ähnlichkeit der Fälle und damit die Wertungsgleichheit angenommen werden.

4. Stellungnahme

Das Kapitel schließt mit dem Ergebnis, dass die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB rechtlich zulässig ist und die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Es wurde untersucht, was automatisierte Willenserklärungen „qualifiziert“, sodass diese einer zusätzlichen Auslegungsregel unterworfen werden können. Die Antwort hierauf findet sich im unbestimmten anonymen Personenkreis, an welchen sich die automatisierten Willenserklärungen regelmäßig richten, sowie in dem Ziel, mit deren Einsatz eine Rationalisierung der Geschäftsabläufe und den Abschluss von Massenverträgen zu erreichen. Wie bereits vorstehend zusammengefasst, haben es insbesondere die historischen Erkenntnisse ermöglicht, die Analogie zu begründen.

Inwieweit diese Analogie aber auch in anderen Zusammenhängen befürwortet werden kann, soll das Folgende zeigen. Insbesondere soll in diesem Rahmen die technische und digitale Entwicklung besprochen werden. Da die Digitalisierung in allen Lebensbereichen weiter fortschreitet, ist es üblich geworden, dass Verträge vermehrt im elektronischen Geschäftsverkehr abgeschlossen werden.⁷⁰⁴ Es entstehen neuartige Möglichkeiten der digitalen Erhebung und Verarbeitung von

⁷⁰¹ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 40.

⁷⁰² Dieses Ergebnis erscheint vor allem deshalb vertretbar, da das Element der Planwidrigkeit ein Werturteil enthält, welches vom Blickwinkel des geltenden Rechts bestimmt werden soll. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 31; *Larenz*, Methodenlehre, S. 282 f.

⁷⁰³ Siehe zum Prüfungspunkt der Wertungsgleichheit: BVerfGE 132, S. 99 (S. 129); *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 555; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 202.

⁷⁰⁴ Siehe hierzu bspw. *Spindler/Schuster/Spindler*, § 312i Rn. 1 ff.; *Schreiber*, Digitale Angebote, S. 1 ff.; *Fateh-Moghadam/Zech*, Transformative Technologien, S. 15 ff.

Daten, mit denen die Rechtsentwicklung Schritt halten muss.⁷⁰⁵ Durch den Einfluss der Europäischen Union sowie insbesondere durch deren EU-Digitalstrategie⁷⁰⁶ finden sich vermehrt Rechtsregelungen, die digitale Sachverhalte gestalten.⁷⁰⁷ Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Umsetzung in der neuen Verbraucherrichtlinie (VRRL)⁷⁰⁸ im BGB anhand der Regelungen zu Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr.⁷⁰⁹ Aber auch die Einführung eines neuen Vertragsrechts in das BGB für digitale Angebote zu Verbraucherträgen über digitale Produkte zeigt, dass sich unser Recht stetig ändert bzw. ändern muss, um mit der technischen Entwicklung im Rechtsverkehr mitzuhalten.⁷¹⁰ Dabei liegt die Bestrebung sowohl darin, den Verbrauchern einen Rechtsrahmen für diesen Bereich bereitzustellen als auch eine Harmonisierung und Modernisierung des mitgliedsstaatlichen Vertragsrechts zu erreichen.⁷¹¹

Mit dieser Entwicklung der Digitalisierung gewinnen nun auch automatisierte Willenserklärungen immer mehr an Bedeutung. Es finden sich unzählige Fallgestaltungen, in denen Willenserklärungen durch Software automatisch erzeugt und computergesteuert abgegeben werden können.⁷¹² Zwar sind sie rechtlich gesehen normale Willenserklärungen.⁷¹³ Jedoch haften ihnen besondere Charakteristika⁷¹⁴ an, welche es rechtfertigen, dass ihnen eine besondere rechtliche Behandlung zukommen sollte.⁷¹⁵ Schließlich werden sie wie auch AGB dort eingesetzt,

⁷⁰⁵ Schreiber, Digitale Angebote, S. 1 ff.; Fateh-Moghadam/Zech, Transformative Technologien, S. 15 ff.

⁷⁰⁶ Siehe hierzu: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_de (zuletzt geprüft am 11.05.2023); <https://digital-strategy.ec.europa.eu/de> (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

⁷⁰⁷ Schreiber, Digitale Angebote, S. 1.

⁷⁰⁸ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1944/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates.

⁷⁰⁹ Siehe bspw. Spindler/Schuster/Spindler, § 312i Rn. 1 ff.; BeckOGK BGB/Busch, § 312i Rn. 2 ff.; NK-BGB/Ring, § 312i Rn. 1; Grüneberg/Grüneberg, § 312i Rn. 1.

⁷¹⁰ Siehe zum neuen Vertragsrecht des BGB: BGBI. I 2021, S. 2123; BGBI. I 2021, S. 2133; aber auch Martens, Schuldrechtdigitalisierung, 2022; Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, 2022.

⁷¹¹ Schreiber, Digitale Angebote, S. 2.

⁷¹² Beispiele sind hierfür unter anderem Waren- und Fahrkartenautomaten, automatisiert versendete Annahmeerklärungen im Onlinehandel oder selbstdärfige Waren nachbestellungen, z.B. durch einen leer gewordenen Kühlschrank, Paulus, Jus 2019, S. 960 (S. 961).

⁷¹³ BGH NJW 2005, S. 53 (S. 54); Köhler, AcP 182 (1982), S. 117; Paulus, Jus 2019, S. 960 (S. 963).

⁷¹⁴ Bspw. richten sie sich an einen unbestimmten anonymen Personenkreis und werden von dem Verwender vorprogrammiert bzw. vorformuliert.

⁷¹⁵ Köhler, BGB Allgemeiner Teil, § 6 Rn. 8; Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, § 17 Rn. 32a.

wo der Abschluss möglichst vieler gleichartiger Verträge angestrebt wird (Rationalisierung der Geschäftsabwicklung).⁷¹⁶ Jeder Kunde, der bspw. an einem Fahrkartautomaten eine Fahrkarte erwerben möchte, bekommt dieselbe automatisierte Willenserklärung in Form einer Fahrkarte wie die vorherigen Kunden. Der Vertragspartner schließt demnach nicht mit jedem Kunden individuell den Vertrag, sondern bestimmt durch Voreinstellung des Computerprogramms, wann die automatisierte Willenserklärung (computergesteuert) abgegeben werden soll, so dass es zu einem Vertragsabschluss kommen kann.

Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll, automatisierte Willenserklärungen im Rahmen der Auslegung nicht schlicht denselben Auslegungsregeln wie normalen Willenserklärungen zu unterwerfen, sondern für diese zusätzliche Auslegungsregeln zur Verfügung zu stellen. Schließlich richten sich automatisierte Willenserklärungen wie auch AGB an einen unbestimmten anonymen Personenkreis und vermeiden dadurch einen individuellen Vertragsschluss. Damit macht sich der Verwender von automatisierten Willenserklärungen den technischen Fortschritt dergestalt zunutze, dass nicht mehr er selbst, sondern das Softwareprogramm seine Willenserklärung abgibt.⁷¹⁷ Da die automatisierten Willenserklärungen dazu bestimmt sind, mit einem unbestimmten anonymen Personenkreis einheitliche Verträge abzuschließen, ist davon auszugehen, dass nicht nur der Inhalt, sondern auch die Formulierungen der automatisierten Willenserklärungen weitestgehend identisch sind. In Anbetracht des künftigen unbestimmten Personenkreises kann deswegen davon ausgegangen werden, dass die einzelnen Vertragspartner einzelne Formulierungen unterschiedlich verstehen könnten, sodass es zu Mehrdeutigkeiten und damit Auslegungszweifeln kommt. Ohne einen Rückgriff auf die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB müssten in solch einem Fall die Dissens-Vorschriften zur Anwendung gelangen. In der Rechtsfolge würde dies bedeuten, dass der Vertrag bzw. die Verträge aufgrund der Mehrdeutigkeit nicht zustande kommen würden.⁷¹⁸ Der einzige Weg, dies zu vermeiden, wäre der, dass der Verwender von automatisierten Willenserklärungen mit jedem einzelnen Vertragspartner in Kontakt tritt und klärt, ob Unstimmigkeiten bzw. Mehrdeutigkeiten bestehen und, soweit solche vorliegen, diese versucht aufzuklären. Die mit den automatisierten Willenserklärungen erhoffte Standardisierung und damit Erleichterung der Vertragsabwicklung würde damit aber entfallen.

⁷¹⁶ Vgl. hierzu MüKoBGB/Basedow, Vorbemerkung § 305 Rn. 1 ff.; Paulus, Jus 2019, S. 960 (S. 963).

⁷¹⁷ Die Anlage, welche automatisierte Willenserklärungen generiert, verwirklicht nur logische Operationen aufgrund eines vorgegebenen Programms. Spindler/Schuster/Spindler, Vorbemerkung zu §§ 116 ff. Rn. 5; Köhler, BGB Allgemeiner Teil, § 6 Rn. 8; Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, § 17 Rn. 32a; Paulus, Jus 2019, S. 960 (S. 962).

⁷¹⁸ Vgl. hierzu BeckOGK BGB/Möslein, § 155 Rn. 21; MüKoBGB/Busche, § 155 Rn. 8; Jauernig/Mansel, § 155 Rn. 2.

Die in § 305c Abs. 2 BGB verankerte Unklarheitenregel ermöglicht, dass im Falle von Auslegungszweifeln bzw. Mehrdeutigkeiten die Auslegung zulasten desjenigen geht, der automatisiert erklärt hat. Dies wird in der Regel der Verwender der automatisierten Willenserklärung sein. Damit kommt in gewisser Weise Massenverträgen, welche unter Einsatz von automatisierten Willenserklärungen zustande gekommen sind, ein Vorteil gegenüber Individualverträgen zu, da derartige Massenverträge die Dissens-Vorschriften umgehen können. Denn in der Rechtsfolge steht nur die Auslegung gegen den Verwender der automatisierten Willenserklärung, nicht aber, dass der Vertrag wegen Mehrdeutigkeiten nicht zustande kommt. Damit entwickelt sich die Auslegung von Willenserklärungen weiter, indem nicht mehr nur auf die geltenden Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB zurückgegriffen wird. Vielmehr reiht sich die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB in die neue Entwicklung unseres Rechts ein, indem sie die besonderen Merkmale von automatisierten Willenserklärungen berücksichtigt und so das Interesse an einem einheitlichen Abschluss von Massenverträgen teilt. Die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB erweitert den Blickwinkel der Auslegungsregeln und ermöglicht, ein Auslegungsproblem praktisch zu lösen.

Die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB könnte jedoch vor dem Hintergrund des Verbraucherschutzes problematisch sein.⁷¹⁹ Schließlich lässt die Analogie einen Vertrag bestehen, der aufgrund der Unklarheit bzw. Mehrdeutigkeit eigentlich erst gar nicht zustande gekommen wäre, § 155 BGB. Dies könnte für den Verbraucher eine nachteilige Rechtslage darstellen. Hiergegen lässt sich aber Folgendes einwenden. Die Unklarheitenregel in § 305c Abs. 2 BGB verfolgt den Zweck, eine Risikoverteilung zwischen den Parteien vorzunehmen. Wie auch im Rahmen von AGB hat der Vertragspartner des Verwenders von automatisierten Willenserklärungen keine konkreten Einwirkungsmöglichkeiten auf die Gestaltung des Vertrages. Der Verwender von automatisierten Willenserklärungen bestimmt im Vorfeld, welche Parameter erfüllt sein müssen, sodass eine automatisierte Willenserklärung computergesteuert abgegeben wird. Der Vertragspartner muss sich mit diesen Voreinstellungen einverstanden erklären. Lehnt er die Voreinstellungen ab, kommt kein Vertrag zustande. Für einen Vertragsabschluss muss sich der Vertragspartner folglich den Vorgaben des Verwenders automatisierter Willenserklärungen „unterwerfen“.⁷²⁰ Damit steht er vor der Wahl. Zum einen hat er die Möglichkeit, keinen Vertrag abzuschließen, was aber bedeuten würde, dass auch sein Leistungsinteresse nicht befriedigt wird. Zum anderen besteht die Möglichkeit, dass er einen Vertrag mit mehrdeutigen Formulierungen abschließt, der aber im Falle von Mehrdeutigkeiten nur gegen den Verwender von automatisierten Willenserklärungen ausgelegt werden würde.

⁷¹⁹ Zur Geschichte des Verbraucherrechts siehe *Kannowski/Schmidt-Kessel*, Geschichte des Verbraucherrechts.

⁷²⁰ Vgl. hierzu BT-Drucks. 7/5422.

Damit tragen nicht wie beim Individualvertrag beide Parteien das Risiko für die Klarheit, sondern nur eine Partei – der Verwender von automatisierten Willenserklärungen. Vor diesem Hintergrund erscheint es auch aus Verbraucherschutzgründen angemessen, dass der Verwender von automatisierten Willenserklärungen die Verantwortung für die Klarheit des Vertrages im Ganzen übernimmt. Für den Vertragspartner als Verbraucher entstehen insoweit keine Rechtsnachteile, da für diesen nur die günstigste Auslegung zählt. Die Auslegung gegen den Verwender von automatisierten Willenserklärungen ist indessen eine Zuweisung des Risikos, unklare Formulierungen verwendet zu haben.⁷²¹ Folglich würde damit die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB der derzeitigen Entwicklung, gesetzliche Bestimmungen zu entwickeln und damit den Verbraucher vor der Marktmacht des Unternehmers zu schützen, Rechnung tragen.

Im Ergebnis kann die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB für Fälle von unklaren automatisierten Willenserklärungen auch vor dem Hintergrund des Vorstehenden befürwortet werden. Sowohl unter dem Gesichtspunkt des technischen Wandels in unserer Gesellschaft als auch unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes erscheint die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB rechtlich sinnvoll. Sie ermöglicht eine zufriedenstellende Lösung von Auslegungsproblemen durch unklare automatisierte Willenserklärungen.

⁷²¹ BeckOK BGB/*H. Schmidt*, § 305c Rn. 42.

C. Rechtsökonomie und Rechtsvergleich

Die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB findet in der deutschen Literatur bereits Anklang.⁷²² Inwieweit sie sich möglicherweise in der Rechtspraxis von Nutzen erweist, muss die Zeit zeigen. Bis dahin soll aber schon jetzt verdeutlicht werden, dass die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB rechtlich sinnvoll ist. Deshalb soll neben dem Abschnitt über die rechtliche Zulässigkeit der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB nun ein Abschnitt folgen, der einschlägige Argumente für die Analogie beinhaltet. Hierzu wird insbesondere die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB vor dem Hintergrund der Rechtsökonomie und vor dem Hintergrund des österreichischen Rechts untersucht. Das Ziel dieses Kapitels ist es, mit Argumenten aus der Rechtsökonomie und dem Rechtsvergleich zu Österreich die Analogie zu stützen und insoweit die Debatte um diese Rechtsfrage weiterzubringen.

I. Rechtsökonomische Betrachtung

Der nachfolgende Abschnitt soll die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB und damit die Auslegung gegen den Verwender von automatisierten Willenserklärungen aus Sicht der Rechtsökonomie untersuchen. Dies bietet sich an, da die Rechtsökonomie bzw. die ökonomische Analyse des Rechts⁷²³ die Erkenntnisse aus der Wirtschaftswissenschaft nutzt, um diese sodann auf rechtliche Fragestellungen anzuwenden. Allgemein werden hierbei insbesondere getroffene Wahlentscheidungen von Akteuren im Rechtsverkehr sowie etwaige Verhaltensänderungen aufgrund von Restriktionen oder Anreizen untersucht.⁷²⁴

Der folgende Abschnitt soll nun aufzeigen, wann und warum eine Anwendung der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB aus rechtsökonomischer Sicht sinnvoll ist. Es geht dabei sowohl darum, die rechtliche Relevanz und den praktischen Nutzen der Analogie zu beurteilen, als auch darum, stichhaltige Argumente für die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB zu gewinnen. Vor dem Hintergrund der Rechtsökonomie wird vor allem der Frage nachzugehen sein, inwieweit der Verwender

⁷²² Siehe Grüneberg/*Ellenberger*, § 133 Rn. 23, 26a; MüKoBGB/*Busche*, § 133 Rn. 29; StaudingerBGB/*Herrler*, § 133 Rn. 63; NK-BGB/*Looschelders*, § 133 Rn. 89; BeckOGK BGB/*Möslein*, § 133 Rn. 93.

⁷²³ Zum Ursprung der ökonomischen Analyse des Rechts sowie maßgeblichen Persönlichkeiten siehe *Kosche*, *Contra proferentem* und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 181 f.

⁷²⁴ *Kosche*, *Contra proferentem* und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 180 ff.

von automatisierten Willenserklärungen unter das Konzept des „cheapest cost avoider“ zu subsumieren ist. Zudem soll sich mit der Frage auseinandersetzt werden, ob die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB einen Anreiz für den Vertragsverfasser bietet, klarer zu formulieren, bzw. wie sich generell die „neue“ Auslegungsregel auf die Handlungsweise der Vertragsverfasser auswirken kann.

1. Allgemein: Rechtsökonomie

Der Begriff der Rechtsökonomie dient als Kurzbezeichnung für die ökonomische Analyse des Rechts.⁷²⁵ Seinen Ursprung hat die ökonomische Analyse des Rechts wohl in den USA, genauer gesagt an der Universität von Chicago.⁷²⁶ Unter *Henry Simons*⁷²⁷ und später *Aaron Director*⁷²⁸ wurde Mitte des 20. Jahrhunderts ein ökonomisches Konzept entwickelt, welches auf dem Prinzip der freien Marktwirtschaft und damit der Nichteinmischung durch den Staat beruht.⁷²⁹ Eben dieses beeinflusste maßgeblich die ökonomische Analyse des Rechts.⁷³⁰ Von wesentlicher Bedeutung war sodann der im Jahre 1960 von *Ronald Coase*⁷³¹ verfasste Aufsatz mit dem Titel „The Problem of social cost“,⁷³² in dem dieser darlegte, dass rechtliche Regelungen in einer Welt des modellhaften Wettbewerbs und vollständiger Transparenz sowie des Fehlens jeglicher Transaktionskosten und der Annahme rationalen Verhaltens der Akteure keinerlei Einfluss auf die Effizienz der Ressourcenallokation haben.⁷³³ Nach *Coase* findet auf dem Markt eine sogenannte Selbstregulierung statt.⁷³⁴

⁷²⁵ Weigel/Kammel, Rechtsökonomie der Verträge, Einleitung XIII.

⁷²⁶ Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 181 ff.

⁷²⁷ Henry Calvert Simons (09.10.1899–19.06.1946) war ein Ökonom an der University of Chicago.

⁷²⁸ Aaron Director (21.09.1901–11.09.2004) war ein Ökonom, welcher eine zentrale Rolle in der Entwicklung auf dem Gebiet der Rechtsökonomie einnahm. Er war Professor an der University of Chicago Law School.

⁷²⁹ So Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 181 ff.

⁷³⁰ Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 181 ff.

⁷³¹ Ronald H. Coase (29.12.1910–02.09.2013) war ein britischer Wirtschaftswissenschaftler, welcher unter anderem an der Universität von Chicago Law and Economics lehrte; Assmann/Kirchner/Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts, S. 129 ff.

⁷³² Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law & Economics 3 (1960); Das Problem der sozialen Kosten (deutsche Übersetzung in Assmann/Kirchner/Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts, S. 129 ff.).

⁷³³ So Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 182; siehe zur Übersetzung und Einleitung Assmann/Kirchner/Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts, S. 129 ff.

⁷³⁴ Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 182; siehe zur Übersetzung und Einleitung Assmann/Kirchner/Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts, S. 129 ff.

Ein weiterer Meilenstein für die Rechtsökonomik bildete sodann das im Jahre 1972 erschienene Werk „Economic Analysis of Law“⁷³⁵ von *Richard A. Posner*.⁷³⁶ *Posner* untersuchte in seinem Werk das Common Law unter Effizienzgesichtspunkten und versteht die ökonomische Analyse des Rechts als eine Analyse des positiven Rechts, gewonnen aus der Anwendung der Ökonomie auf das Rechts.⁷³⁷ Er geht davon aus, dass der Mensch an sich stets eigeninteressiert und nutzenmaximierend handelt und auf Änderungen in seiner Umwelt durch Änderungen in seinem Verhalten reagiert.⁷³⁸ *Posner* stellte insoweit insbesondere auf die ökonomische Effizienz ab.⁷³⁹

Allgemein formuliert soll nach der ökonomischen Analyse des Rechts das Recht nach den Gesetzen des Marktes umgestaltet werden.⁷⁴⁰ Hierzu wendet diese ökonomische Theorien auf die Untersuchung von Rechtsnormen an, wobei die Frage nach der Wirksamkeit von Gesetzen nach ökonomischen Maßstäben im Vordergrund steht.⁷⁴¹ Insoweit geht es auch um die Frage, inwieweit das Recht optimiert werden kann bzw. wie das Recht eine ökonomische Effizienz erfahren kann.⁷⁴² Folglich soll das Recht, wie wir es kennen, nach ökonomischen Vorgaben umgestaltet werden, um so die Erhöhung der gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrt zu erzielen.⁷⁴³ Untersucht werden die Auswirkungen der Regeln auf die Handlungsweisen der Menschen.⁷⁴⁴ Bei einem Mangel an Effizienz der Rechtsnormen wird sich die Frage gestellt, wie diese gestaltet werden müssen, um ökonomisch zu wirken, damit sie einen Anreiz schaffen, die Verhaltensweisen der Menschen in eine bestimmte Richtung zu lenken.⁷⁴⁵ Neben anderen Ansätzen wie soziologischen, philosophischen und philologischen bietet die Rechtsökono-

⁷³⁵ *Richard A. Posner*, *Economic Analysis of Law* (siehe zur Übersetzung und Einleitung *Assmann/Kirchner/Schanze*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, S. 79 ff.).

⁷³⁶ *Richard A. Posner* war in der Zeit von 1981 bis 2017 Richter am U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit und arbeitete an der University of Chicago Law School unter anderem als Senior Lecturer an der Entwicklung des Law-and-Economics-Ansatzes mit, *Assmann/Kirchner/Schanze*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, S. 79 f.

⁷³⁷ Vgl. *Assmann/Kirchner/Schanze*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, S. 79 ff.

⁷³⁸ Vgl. *Assmann/Kirchner/Schanze*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, S. 79 ff.

⁷³⁹ *Kosche*, *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law*, S. 182.

⁷⁴⁰ *Baumann*, RNotZ 2007, S. 297.

⁷⁴¹ *Weigel/Kammel*, *Rechtsökonomie der Verträge*, Einleitung XIII.

⁷⁴² Unter dem Begriff der ökonomischen Effizienz wird dasjenige Entscheidungskriterium verstanden, welches von mehreren ökologisch gleich wirksamen Maßnahmen diejenige auswählt, die mit den geringsten volkswirtschaftlichen Kosten verbunden ist. Die ökonomische Effizienz wird mit Nutzen-Kosten-Analysen ermittelt. *Baumann*, RNotZ 2007, S. 297; *Weigel/Kammel*, *Rechtsökonomie der Verträge*, Einleitung XIII.

⁷⁴³ *Baumann*, RNotZ 2007, S. 297.

⁷⁴⁴ *Weigel/Kammel*, *Rechtsökonomie der Verträge*, Einleitung XIII.

⁷⁴⁵ *Weigel/Kammel*, *Rechtsökonomie der Verträge*, Einleitung XIII.

mie damit eine weitere Möglichkeit, das bestehende Rechtssystem zu beurteilen und weiterzuentwickeln.

2. Risikoverteilung als Funktion der Unklarheitenregel

Im Rahmen von AGB wird der Unklarheitenregel bereits die Funktion einer Risikoverteilung zugesprochen.⁷⁴⁶ Für die Risikoverteilung im Allgemeinen bzw. für die Bestimmung des optimalen Risikoadressaten generell kennt die Rechtsökonomik verschiedene Zuordnungskriterien.⁷⁴⁷ Zum einen ist es möglich, Risiken bspw. stets der Person zuzuordnen, die sie mit den geringsten Kosten beseitigen oder mindern kann, dem sogenannten „cheapest cost avoider“.⁷⁴⁸ Ist dieses Risiko hingegen nicht zu beherrschen, so will die Rechtsökonomie das Risiko der Person zuordnen, die es am besten versichern kann, dem sogenannten „cheapest risk insurer“.⁷⁴⁹ In einem letzten Schritt bietet die Rechtsökonomie die Möglichkeit, ein nicht beherrschbares – aber auch nichtversicherbares – Risiko dem überlegenen Risikoträger⁷⁵⁰ zuzuordnen, dem „superior risk bearer“.⁷⁵¹

Die nachfolgende Untersuchung wird sich auf das Prinzip des „cheapest cost avoider“ konzentrieren. Aus diesem Grund wird die Frage zu stellen sein, ob der Verwender von automatisierten Willenserklärungen unter das Prinzip des „cheapest cost avoider“ zu subsumieren ist. Zu untersuchen ist, ob er derjenige ist, der Unklarheiten mit dem geringsten Kosten beseitigen oder mindern kann und damit das Risiko für etwaige Unklarheiten tragen soll. Wäre der Verwender als „cheapest cost avoider“ einzufordern, würde ihm die Bürde aufgetragen, sich klarer auszudrücken, weil er leichter und transaktionskostengünstiger Unklarheiten vermeiden hätte können.⁷⁵²

a) Unklarheiten als Transaktionskosten oder Risiken

Dass es überhaupt einer Risikoverteilung bei unklaren automatisierten Willenserklärungen bedarf, liegt daran, dass Unklarheiten als Transaktionskos-

⁷⁴⁶ HKK-BGB/Vogenauer, §§ 305–310 (III) Rn. 34.

⁷⁴⁷ Siehe hierzu ausführlich in Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 192 ff.

⁷⁴⁸ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 153.

⁷⁴⁹ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 437; Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 194.

⁷⁵⁰ Zur Bestimmung des „superior risk bearer“ ist zu fragen, ob sich die beteiligten Vertragsparteien hinsichtlich ihrer Fähigkeiten, unabwälzbare Vertragsrisiken im Unternehmen zu streuen, unterscheiden. Soweit nur eine Partei die Möglichkeit hat, Risiken zu streuen, handelt es sich bei dieser Partei um den „superior risk bearer“, Wehrt, KritV Vol. 75, No. 4 (1992), S. 369–372.

⁷⁵¹ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 437; Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 194.

⁷⁵² HKK-BGB/Vogenauer, §§ 305–310 (III) Rn. 34.

ten⁷⁵³ oder Risiken⁷⁵⁴ beim Abschluss von Verträgen verstanden werden.⁷⁵⁵ Diese Transaktionskosten oder Risiken gilt es durch eine geeignete Risikoverteilung im Wege der Theorien der Rechtsökonomie zu minimieren, damit die Zuordnung von beschränkten Gütern bzw. Ressourcen durch Verträge stattfinden kann.⁷⁵⁶

b) Rechtsfigur des „cheapest cost avoiders“

aa) Ursprung und Inhalt der Rechtsfigur

Die Rechtsfigur des „cheapest cost avoider“ (billigster Kostenvermeider) geht zurück auf *Guido Calabresi*.⁷⁵⁷ In seinem 1970 verfassten Buch mit dem Titel „The Cost of Accidents – A Legal and Economic Analysis“ ist er der Frage nach den Zielen des Schadensrechts nachgegangen.⁷⁵⁸ Hierbei erkannte er, dass bei jeder Schädigung drei verschiedene Kostenpunkte entstehen, die mithilfe des Schadensrechts beeinflusst werden sollten⁷⁵⁹ – primäre,⁷⁶⁰ sekundäre⁷⁶¹ und tertiäre⁷⁶² Kosten.⁷⁶³ Nach *Calabresi* strebt das optimale Schadensrecht die Mini-

⁷⁵³ Unter Transaktionskosten werden die Kosten verstanden, die zusätzlich beim Vertragsabschluss entstehen. Dabei unterfallen diesen Kosten sowohl finanzielle als auch zeitliche Kosten. Vgl. hierzu MüKoBiL/R/Hartenberger/Varain, Rn. 116 f.

⁷⁵⁴ Unter einem Risiko versteht man die Eventualität, dass mit einer Wahrscheinlichkeit ein Schaden bei einer (wirtschaftlichen) Entscheidung eintritt oder ein unerwarteter Vorteil ausbleiben kann, *Weber/Groh*, Rechtswörterbuch, „Risiko“.

⁷⁵⁵ *Kosche*, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 195.

⁷⁵⁶ *Rahdert*, Conn. Ins. L.J.5 (1998), S. 107, S. 121; m.w.N. *Kosche*, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 195.

⁷⁵⁷ *Guido Calabresi* ist ein US-amerikanischer Rechtswissenschaftler, Richter und Autor. Er war Dekan und Sterling-Professor an der Yale Law School und ist derzeit emeritierter Sterling-Professor und Lehrbeauftragter für Recht, <https://law.yale.edu/guido-calabresi> (zuletzt geprüft am 11.05.2023); *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 251 ff.

⁷⁵⁸ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 153; https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-662-08314-7_5?noAccess=true (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

⁷⁵⁹ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 153; https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-662-08314-7_5?noAccess=true (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

⁷⁶⁰ Unter primären Kosten ist der Wert aller Schäden bei den Opfern einer Schädigung zu verstehen. Hiervon umfasst sind auch alle immateriellen Schäden und alle Drittschäden unabhängig von der Art der Beeinträchtigung. *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 68 ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 153.

⁷⁶¹ Sekundäre Kosten bezeichnen alle Kosten für Güter und Dienstleistungen, die von dem Unternehmen selbst hergestellt werden und innerbetrieblich eingesetzt werden. Sekundäre Kosten werden auch innerbetriebliche Leistungen genannt. Vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 153.

⁷⁶² Unter tertiären Kosten sind alle Aufwendungen zu verstehen, die bei eingetretenem Schaden zur Abwicklung und Verteilung des Schadens entstehen. *Calabresi*, The

mierung der Kosten von Unfällen sowie die Minimierung der Kosten für die Vermeidung von Unfällen an.⁷⁶⁴ Die Minimierung dieser Kosten auf ein gesellschaftspolitisch gewünschtes Niveau ist nach *Calabresi* das eigentliche Ziel des Schadensrechts.⁷⁶⁵

Der Weg hin zu diesem Ziel beinhaltet nach *Calabresi*, den „cheapest cost avoider“ ausfindig zu machen und diesem sodann die rechtliche Verantwortung und Haftung aufzuerlegen.⁷⁶⁶ *Calabresi* definiert den „cheapest cost avoider“ als die Person, die die negativen externen Effekte am effizientesten minimieren kann.⁷⁶⁷ Mit anderen Worten kann auch davon gesprochen werden, dass es sich bei der Rechtsfigur des „cheapest cost avoider“ um die Person handelt, die den Eintritt des Schadens mit dem geringsten Aufwand hätte verhindern können.⁷⁶⁸ Um die Kosten eines Schadensfalles zu vermeiden bzw. zu steuern, bedarf es nach *Calabresi* (grundsätzlich)⁷⁶⁹ der Zuweisung der Deliktshaftung an den „cheapest cost avoider“. Damit birgt die Rechtsfigur des „cheapest cost avoider“ eine verschuldensunabhängige Haftung gegen denjenigen, der den Schadensfall am billigsten/einfachsten/effizientesten hätte vermeiden können.⁷⁷⁰ Diese Person soll zum Abwehraufwand veranlasst und zum Schadensersatz herangezogen werden – gleichgültig, ob es sich hierbei um den Schädiger, den Geschädigten oder um einen Dritten handelt.⁷⁷¹

Cost of Accidents, S. 26 ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 164.

⁷⁶³ Aus ökonomischer Sicht sind Kosten nicht Ausgaben, sondern entgangene Nutzwerte (Opportunitätskosten), zu denen auch immaterielle Schäden gehören. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 153; *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 26 ff.

⁷⁶⁴ *Logue/Slemrod*, Of Coase, Calabresi, and Optimal Tax Liability S. 3; abrufbar auch unter https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=law_econ_archive#:~:text=Calabresi%20cocluded%20that%20such%20a,or%20least%2Dcost%20harm%20avoids (zuletzt geprüft am 07.06.2022).

⁷⁶⁵ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 24 ff., S. 135 ff.; https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-662-08314-7_5?noAccess=true (zuletzt geprüft am 07.06.2022).

⁷⁶⁶ *Calabresi*, The Cost of Accidents S. 135 ff.; *Posner*, Guido Calabresi's 'The Cost of Accidents': A Reassessment, S. 16.

⁷⁶⁷ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 252 ff.; NK-BGB/Jung, § 313 Rn. 76 f.; MükoBGB/Finkenauer, § 313 Rn. 69; *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 135 ff.

⁷⁶⁸ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 252 ff.

⁷⁶⁹ Zu Fällen, in denen eine Zuweisung an andere Personen als den „cheapest cost avoider“ erfolgen soll, siehe im Nachfolgenden die Ausführungen zu den *Guidelines* zur Bestimmung des „cheapest cost avoider“.

⁷⁷⁰ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 135 ff.; *Gilles*, Negligence, Strict Liability, and the Cheapest Cost-Avoider, S. 1292 ff.

⁷⁷¹ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 252 ff.

bb) Rechtliche Bedeutung der Rechtsfigur

Die Rechtsfigur des „cheapest cost avoider“ ist insbesondere auf Ebene der Zuweisung der Verantwortung im Rahmen der Verschuldens- und Gefährdungshaftung von Bedeutung. Darüber hinaus spielt die Rechtsfigur aber auch auf Ebene der Risikozuweisung bzw. Risikoverteilung eine zentrale Rolle.⁷⁷² Haben beide Parteien gleichermaßen Einflussmöglichkeiten auf das vertragliche Risiko (bspw. das Risiko der Verwendung mehrdeutiger Begriffe), macht es aus Sicht der Rechtsökonomie Sinn, der Partei das Risiko (bspw. für Klarheit des Vertrages) zuzuweisen, die es am kostengünstigsten beherrschen kann.⁷⁷³ Mithin soll in solchen Fällen auf das Prinzip des „cheapest cost avoider“ bzw. das Prinzip der kostengünstigsten Risikovermeidung zurückgegriffen werden.⁷⁷⁴

In Bezug auf Schadensfälle sollte die Person des „cheapest cost avoider“ zum Abwehraufwand veranlasst und zum Schadensersatz herangezogen werden.⁷⁷⁵ Die Schadensvermeidung könnte damit unabhängig von der originären Zuordnung der Haftung durch die Rechtsordnung von der Person des „cheapest cost avoider“ übernommen werden.⁷⁷⁶ Insoweit muss von einer verschuldensunabhängigen Haftung desjenigen ausgegangen werden, der den Schadensfall am billigsten/einfachsten/effizientesten hätte vermeiden können.⁷⁷⁷ In der Rechtspraxis ist die Anwendung der Rechtsfigur des „cheapest cost avoider“ allerdings fakultativ.⁷⁷⁸ Eine Pflicht, stets den „cheapest cost avoider“ zum Ersatz von entstandenen Kosten bzw. Vermeidungskosten in Haftung zu nehmen, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen.

cc) Kriterien zur Bestimmung des „cheapest cost avoider“

Inwieweit der Formulierende bzw. der Verwender von automatisierten Willenserklärungen generell derjenige ist, der Unklarheiten am einfachsten bzw. billigsten vermeiden kann, muss anhand von einschlägigen Kriterien beurteilt werden. Hierzu zählen bspw. das Informationsgefälle zwischen den Vertragsparteien oder auch die von *Calabresi* aufgestellten *guidelines*.

⁷⁷² NK-BGB/*Jung*, § 313 Rn. 76 f.; MüKoBGB/*Finkenauer*, § 313 Rn. 69.

⁷⁷³ NK-BGB/*Jung*, § 313 Rn. 76 f.; MüKoBGB/*Finkenauer*, § 313 Rn. 69; zweifelnd Soergel/*Teichmann*, § 313 Rn. 52.

⁷⁷⁴ NK-BGB/*Jung*, § 313 Rn. 76 f.; MüKoBGB/*Finkenauer*, § 313 Rn. 69; zweifelnd Soergel/*Teichmann*, § 313 Rn. 52.

⁷⁷⁵ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 252.

⁷⁷⁶ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 253.

⁷⁷⁷ *Calabresi*, The Cost of Accidents S. 135 ff.; *Gilles*, Negligence, Strict Liability, and the Cheapest Cost-Avoider, S. 1292 ff.

⁷⁷⁸ Siehe hierzu die Formulierungen in *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 252 f.; HKK-BGB/*Vögenauer*, §§ 305–310 (III) Rn. 34; *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 135 ff.

(1) Aspekt der Information

Nach der Ansicht von *Richard Posner* ist bspw. der „Aspekt der Information“ zur Bestimmung des „cheapest cost avoider“ entscheidend.⁷⁷⁹

„The doctrine of contra proferentem may still be a sensible tiebreaker, on the ground that the party who drafted the contract was probably in the better position to avoid ambiguities. But this is not always the case. The other party might have more information concerning the particular contingency that gave rise to the legal dispute – hence the exception, recognized by a number of courts, when the nondrafting party is commercially sophisticated.“

Posner hält es grundsätzlich für sinnvoll, dass derjenige, der den Vertrag verfasst hat, auch derjenige ist, der Unklarheiten bzw. Zweideutigkeiten am besten vermeiden kann. Jedoch vertritt er auch die Meinung, dass die Fähigkeit, Unklarheiten zu vermeiden, von der Verfügbarkeit von Informationen über die Höhe und Wahrscheinlichkeit des Risikos sowie über mögliche Handlungsalternativen abhängt.⁷⁸⁰ *Posner* geht diesbezüglich davon aus, wenn eine Partei *commercially sophisticated*⁷⁸¹ ist, komme ihr aufgrund ihrer Professionalisierung Informationshoheit zu. Ist bspw. der Vertragspartner mit der Verwendung von AGB vertraut und verwendet er als sogenannter „repeat player“ AGB in eigenen Verträgen, kann dieser Unklarheiten vermeiden und wäre mithin der „cheapest cost avoider“ und nicht derjenige, der den Vertrag formuliert.⁷⁸²

Somit ist nach der Ansicht von *Posner* für die Bestimmung des „cheapest cost avoider“ nicht immer allein der Aspekt der Formulierung zu berücksichtigen, sondern darüber hinaus auch der Aspekt der Information über die Höhe und Wahrscheinlichkeit des Risikos sowie über mögliche Handlungsalternativen.⁷⁸³

⁷⁷⁹ R. Posner, Texas Law Review, Vol. 83, No. 7 (2005), S. 1581–1608; m.w.N. Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 197f.

⁷⁸⁰ So Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 197.

⁷⁸¹ Soweit von *commercially sophisticated* gesprochen wird, soll darunter „geschäftlich erfahren“ verstanden werden. Mithin eine Person, die mit den jeweiligen Vertragsumständen und damit auch mit deren Ausgestaltung vertraut ist, da sie selbst vergleichbare Ausgestaltungen in eigenen Rechtsgeschäften verwendet, in denen sie selbst Formulierender ist. Für die Untersuchung soll indessen außen vor sein, inwieweit es sich bei den Vertragspartnern um Verbraucher vs. Unternehmer handelt. Die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB soll vielmehr sämtliche Fälle, in denen automatisierte Willenserklärungen zum Einsatz kommen, erfassen und sich nicht auf die Ebene Verbraucher vs. Unternehmer beschränken.

⁷⁸² So Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 197f.

⁷⁸³ Vgl. Calabresi, The Cost of Accidents, S. 317; Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 197f.

(2) *Guidelines zur Bestimmung des „cheapest cost avoider“*

Calabresi führt in seinem Buch an, dass es grundsätzlich möglich ist, grobe Vermutungen auf Grundlage von intuitiven Vorstellungen oder undifferenzier-ten und nicht analysierten Erfahrungen aufzustellen, wer eindeutig nicht der „cheapest cost avoider“ ist und wer es sein könnte.⁷⁸⁴ Für ihn erscheint es auch möglich, diese Kriterien zur Bestimmung des „cheapest cost avoider“ heranzuziehen, bestenfalls seien diese anhand wissenschaftlicher Experimente verfeinert. Bislang mangelt es allerdings an einer weiterführenden wissenschaftlichen Untersuchung hinsichtlich dieser Kriterien. Nach *Calabresi* gibt es jedoch auch *guidelines*,⁷⁸⁵ die es ermöglichen herauszufinden, wer wahrscheinlich der „cheapest cost avoider“ ist. Die einzelnen *guidelines* sollen sich hierbei ergänzen, ein kumulatives Vorliegen wird nicht erwartet.⁷⁸⁶ Die aufgeführten *guidelines* sind die Folgenden: *relationship between avoidance and administrative cost, avoiding externalization* und *the best briber*.⁷⁸⁷

Dies erste *guideline* „*relationship between avoidance and administrative cost*“ strebt das optimale Verhältnis zwischen Vermeidungskosten und Verwaltungskosten an. Dieses Verhältnis interpretiert *Calabresi* dergestalt, „*that if finding (or allocating cost to) the cheapest cost avoider is very expensive, it may lower total costs to allocate cost to a slightly more expensive cost avoider*“.⁷⁸⁸ Etwaige Einsparungen, die durch eine scheinbar bessere Aufteilung unter den Parteien erzielt werden, sind nach Ansicht von *Calabresi* nicht die Kosten wert, die für die Suche danach anfallen.⁷⁸⁹ Mithin kann in diesem Zusammenhang auch von einer Second-best-Lösung gesprochen werden.⁷⁹⁰

Die zweite *guideline* „*avoiding externalization*“ will ein Abwälzen von Kosten auf andere (nicht verantwortliche) Personen oder Kostenträger vermeiden. Es soll der maximale Grad der Internalisierung⁷⁹¹ angestrebt werden, der noch mit der

⁷⁸⁴ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 139.

⁷⁸⁵ Zu Deutsch: Leitlinien, Richtlinien, Hinweise, Richtwerte etc.

⁷⁸⁶ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 140, S. 152 ff.

⁷⁸⁷ Zu Deutsch: Zusammenhang zwischen Vermeidungskosten und Verwaltungskosten, Externalisierung vermeiden und der beste Bestecker. *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 143 ff.

⁷⁸⁸ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 144.

⁷⁸⁹ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 144.

⁷⁹⁰ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 143 ff.

⁷⁹¹ Übernahme von Kosten, Lasten oder Aufwendungen durch die Verursacher, die für den Schaden oder den zusätzlichen Aufwand verantwortlich sind: <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/politiklexikon/17648/internalisierung/> (zuletzt geprüft am 11.05.2023); Gegenteil zu Externalisierung: Das Abwälzen von Kosten, Lasten oder Aufwendungen auf andere Personen, Regionen oder Kostenträger: <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/politiklexikon/17475/externalisierung/> (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

ersten *guideline* vereinbar ist.⁷⁹² Externalisierung erfolgt nach *Calabresi* auf drei verschiedene Arten: *externalization due to insufficient subcategorization*,⁷⁹³ *externalization due to transfer*⁷⁹⁴ und *externalization due to inadequate knowledge*.⁷⁹⁵ Nach *Calabresi* sollte jede Kostenverteilung ausgeschlossen werden, die Kosten externalisiert, es sei denn diese Kostenverteilung ist verwaltungstechnisch kostengünstiger, sodass die Einsparungen bei der Verwaltung die fehlenden Einsparungen bei den Unfallkosten ausgleichen.⁷⁹⁶ Beispielhaft führt *Calabresi* diesbezüglich an, dass zwar nicht sicher feststellbar ist, ob im Falle von Unfällen zwischen Auto und Fußgängern entweder Fußgänger oder Autofahrer als „cheapest cost avoider“ zu klassifizieren sind, jedoch eindeutig ist, dass dies auf keinen Fall der Steuerzahler im Allgemeinen oder auch Autohersteller sein können.⁷⁹⁷ Eine Kostenverlagerung auf den Steuerzahler im Allgemeinen sollte vor diesem Hintergrund vermieden werden, es sei denn diese Kostenverteilung ist verwaltungstechnisch so viel günstiger, dass die Einsparungen bei den Verwaltungskosten die fehlenden Einsparungen bei den Unfallkosten ausgleichen.⁷⁹⁸ Verkürzt dargestellt, geht es *Calabresi* insbesondere darum, unverantwortliche

⁷⁹² *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 143 ff.

⁷⁹³ Zu Deutsch: Externalisierung aufgrund von unzureichender Untergliederung. Eine fehlerhafte Einteilung von Schadensursachen bzw. deren Verursachern kann zu einer ineffizienten Verteilung der Schadenskosten bzw. der Vermeidungskosten führen. Zudem birgt bspw. eine Untergliederung von Schadensursachen die Gefahr, dass sich diese im Verlaufe der Zeit amortisiert und dies sodann zu einer Abwälzung der Kosten auf unbeteiligte Dritte führt. *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 145 ff.

⁷⁹⁴ Zu Deutsch: Externalisierung aufgrund von Übertragung. Im Rahmen eines Vergleiches gilt es herauszufinden, welche Personengruppe bzw. welcher Kostenträger die Kosten tatsächlich tragen wird. Der Schadensverursacher bleibt in diesem Vergleich außen vor. Diejenige Partei, die nicht die Kosten tragen können, muss sodann ausgeschlossen werden. Die Partei, die sodann noch verbleibt, ist der „cheapest cost avoider“. Die Gefahr besteht darin, die Übertragung bzw. den Vergleich mit dem Kostenvermeidungspotenzial nicht korrekt auszuführen, sodass es zu einer Externalisierung auf unbeteiligte Personengruppen bzw. Kostenträger kommt. *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 147 f.

⁷⁹⁵ Zu Deutsch: Externalisierung aufgrund unzureichenden Wissens. Kann die Personengruppe bzw. der Kostenträger, dem die Kosten grundsätzlich zugewiesen werden sollen, aufgrund von unzureichendem Wissen oder aus psychologischen Gründen sein Kostenrisiko nicht abschätzen, ist nicht zu erwarten, dass sein Verhalten positiv beeinflusst wird und zur Kostenminimierung beiträgt. Würde diese Personengruppe bzw. dieser Kostenträger ihr eigenes Risiko in Geld umrechnen können, so wären sie allerdings der „cheapest cost avoider“. Da sie aber aufgrund von unzureichendem Wissen hierzu nicht in der Lage sind und damit eine Kostenminimierung ausscheidet, muss eine andere Personengruppe bzw. ein anderer Kostenträger gefunden werden, welcher in der Gesamtschau der Kosten als der „cheapest cost avoider“ anzusehen ist, weil der günstigere „cheapest cost avoider“ mangels Kenntnis keinen Einfluss auf die Schadenskosten oder Vermeidungskosten nimmt. *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 148 f.

⁷⁹⁶ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 144.

⁷⁹⁷ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 144.

⁷⁹⁸ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 144.

Dritte grundsätzlich vor einer etwaigen Kostenverlagerung zu schützen und lediglich zwischen den beteiligten Parteien eine Kostenverlagerung vorzunehmen.

Die dritte und letzte *guideline* von *Calabresi* ist „*the best briber*“.⁷⁹⁹ Es geht darum, entstandene Kosten so zuzuordnen, dass etwaige Zuordnungsfehler durch den Markt korrigiert werden können. Ist der tatsächliche „cheapest cost avoider“ nicht bekannt, so sollen demjenigen die Schadenskosten oder auch Vermeidungskosten angelastet werden, der vor dem Hintergrund aller Kostenelemente „am günstigsten Geschäfte“ abschließen kann. Mithin sollen demjenigen die Kosten zugewiesen werden, der am Markt die besten Chancen hat, etwaige Vermeidungskosten oder Schadenskosten aufzufangen.⁸⁰⁰ *Calabresi* spricht in diesem Zusammenhang davon, dass diese Person durch den Markt am besten „bestochen“ wird. Der Markt bietet mithin dieser Person besondere Chancen, Risiken zu umgehen bzw. aufzufangen. Dies kann bspw. aus einer gewissen Kenntnis über die Marktmechanismen oder auch guten Beziehungen im Geschäftsfeld herrühren. Er sei aus diesem Grund als der „cheapest cost avoider“ auszumachen.

Zur Feststellung müssen neben den vorstehenden *guidelines* nach *Calabresi* auch intuitive Erwägungen hinzukommen, die abschätzen, wer bspw. eindeutig oder eindeutig nicht der „cheapest cost avoider“ ist.⁸⁰¹ Gelingt es diese Erwägungen mit den *guidelines* ohne die Einbeziehung anderer, fremder Faktoren zusammenzuführen, so ergeben sich hieraus die Voraussetzungen, wie der „cheapest cost avoider“ gefunden werden kann.⁸⁰²

*c) Verwender von automatisierten Willenserklärungen
als der „cheapest cost avoider“*

aa) Übertragung auf automatisierte Willenserklärungen

Im Rahmen von AGB hat sich die Rechtsökonomik bereits dafür ausgesprochen, dass nach dem Prinzip des „cheapest cost avoider“ die Bürde, sich klarer auszudrücken, dem Verwender von AGB auferlegt werden soll, da dieser leichter und billiger Unklarheiten vermeiden kann.⁸⁰³ Der Verwender von AGB sei es, der aufgrund seiner Formulierungsverantwortung die Kontrolle über den Vertragstext und dessen Inhalt inne habe.⁸⁰⁴ Daneben hat er als *repeat player* oder auch Wiederholer von AGB die Möglichkeit, unklare Vertragsklauseln aufgrund seiner

⁷⁹⁹ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 150 ff.

⁸⁰⁰ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 150 ff.

⁸⁰¹ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 160 ff.

⁸⁰² *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 160 ff.

⁸⁰³ Mithin sieht die Rechtsökonomik in der direkten Anwendung von § 305c Abs. 2 BGB keinen Optimierungsbedarf, sondern signalisiert in Bezug auf die Rechtsfolge der Unklarheitenregel Zustimmung. HKK-BGB/*Vogenauer*, §§ 305–310 (III) Rn. 34.

⁸⁰⁴ Vgl. *Kosche*, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 195 f.

Professionalisierung besser und zu geringeren Kosten zu vermeiden.⁸⁰⁵ Damit kann die Unklarheitenregel aus § 305c Abs. 2 BGB als Risikotragungsregel verstanden werden, die das Auslegungsrisiko demjenigen zuspricht, der auch die Formulierungsverantwortung innehatte – im Ausgangsfall dem Verwender von AGB.

Fraglich ist nun, ob es aus rechtsökonomischer Sicht sinnvoll erscheint, dieses Prinzip auch auf den Verwender von automatisierten Willenserklärungen zu übertragen. Hierbei geht es indessen weniger um die Kosten eines Schadensfalles als mehr um die Frage nach der Verantwortung für Unklarheiten im Vertrag bzw. die Frage, wer Unklarheiten nach den Grundsätzen des „cheapest cost avoider“ vermeiden konnte. Damit das Risiko von Unklarheiten dem Verwender von automatisierten Willenserklärungen über die Rechtsfigur des „cheapest cost avoider“ zuzuordnen ist, muss festgestellt werden, ob dieser generell derjenige ist, der auch dazu in der Lage ist, zu den geringsten Kosten die Unklarheiten im Vertragstext zu vermeiden.

(1) Aspekt der Information

Um festzustellen, ob das Prinzip des „cheapest cost avoider“ auf den Verwender von automatisierten Willenserklärungen übertragen werden kann, ist entscheidend, wie das Informationsgefälle zwischen den Vertragspartnern aussieht. Insofern ist fraglich, ob der Verwender von automatisierten Willenserklärungen generell derjenige ist, dem Informationen hinsichtlich der Höhe und Wahrscheinlichkeit des Risikos von Unklarheiten sowie auch über mögliche Handlungsalternativen zugänglich sind.⁸⁰⁶

Für AGB wurde bereits angeführt, dass hier der Verwender derjenige ist, der zumeist die Informationshoheit innehat und deshalb richtigerweise als „cheapest cost avoider“ anzusehen ist.⁸⁰⁷ In Bezug auf den Verwender von automatisierten Willenserklärungen erscheint dies gleichgelagert. Dies liegt insbesondere in der Annahme, dass der Verwender von automatisierten Willenserklärungen aufgrund seiner Professionalisierung sowie Rationalisierung seiner Geschäftsabläufe besser den Aufwand hinsichtlich einer erforderlichen Umprogrammierung des Softwareprogramms wegen Unklarheiten abschätzen kann als der Kunde. Er kennt die einschlägigen Abläufe und weiß, welcher Ressourcen er sich bedienen muss, um Unklarheiten zu beseitigen. Der Vertragspartner hat hingegen keine vergleichbaren Kenntnisse über die Abläufe bzw. das eingesetzte Softwareprogramm. Inso-

⁸⁰⁵ Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 197f.

⁸⁰⁶ Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 197f.

⁸⁰⁷ Kosche, Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, S. 197f.

weit hat der Verwender von automatisierten Willenserklärungen die Informationshoheit hinsichtlich entstehender Kosten bei Unklarheiten und kann auf diese durch geeignete Gestaltung der Softwareprogrammierung einwirken. Der Verwender von automatisierten Willenserklärungen wäre mithin als der „cheapest cost avoider“ anzusehen.

(2) Calabresis *guidelines*

(a) Relationship between avoidance and administrative cost

Nach *Calabresi* kann der „cheapest cost avoider“ anhand der einzelnen *guidelines* ermittelt werden.⁸⁰⁸ Nach der ersten *guideline* „*relationship between avoidance and administrative cost*“ soll das optimale Verhältnis zwischen Verwaltungs- und Vermeidungskosten angestrebt werden.⁸⁰⁹ Vereinfacht heißt dies, wenn es besonders kostspielig ist, den „cheapest cost avoider“ ausfindig zu machen oder ihm die Kosten zuzuweisen, ist es aus Sicht der Gesamtkosten sinnvoll, die Haftung einem teureren „cheapest cost avoider“ zuzuweisen.⁸¹⁰ Im Rahmen von automatisierten Willenserklärungen sind im Gegensatz zu anderen Beispieldfällen⁸¹¹ nur die Person des Verwenders von automatisierten Willenserklärungen und die Person des Empfängers von automatisierten Willenserklärungen von Bedeutung. Die Verwaltungskosten zur Auffindung des möglichen „cheapest cost avoider“ dürften insoweit nicht außergewöhnlich hoch sein, da sich die Suche auf zwei Personen beschränken dürfte.

Bislang mangelt es jedoch an einer Aufstellung bzw. Statistik der einschlägigen Verwaltungs- oder Vermeidungskosten im Rahmen von unklaren automatisierten Willenserklärungen. Dies scheint nicht zuletzt dem Umstand geschuldet, dass automatisierte Willenserklärungen in vielen Rechtsbereichen eingesetzt werden können und damit jeweils eine unterschiedliche wirtschaftliche Bedeutung erfahren können. Damit führt die *guideline* „*relationship between avoidance and administrative cost*“ im vorliegenden Fall zu keinem repräsentativen Ergebnis. Ungewiss ist, was konkret für Kosten entstehen, wenn der Vertrag bzw. einzelne Passagen unklar sind, oder auch, was für die Vermeidung von Unklarheiten bei der Erstellung von automatisierten Willenserklärungen anfällt.

(b) Avoiding externalization

Die zweite von *Calabresi* aufgestellte *guideline* „*avoiding externalization*“ bezieht sich grundsätzlich darauf, dass eine Kostenverlagerung an nichtverantwort-

⁸⁰⁸ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 160 ff.

⁸⁰⁹ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 143 ff.

⁸¹⁰ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 143 ff.

⁸¹¹ Vgl. bspw. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 252 f.

liche Dritte vermieden werden soll.⁸¹² Mithin beschreibt *Calabresi* Situationen, in denen zumindest die Möglichkeit besteht, dass Kosten auf einen unbeteiligten bzw. unverantwortlichen Dritten (bspw. den allgemeinen Steuerzahler) externalisiert werden könnten. Ein derartiger Sachverhalt liegt hingegen der Untersuchung nicht zugrunde. Der Ausgangsfall der Untersuchung beschränkt sich nämlich nur auf ein Zwei-Personen-Verhältnis zwischen Verwender und Empfänger von automatisierten Willenserklärungen; unbeteiligte Dritte sollen gerade keine Beachtung erfahren. Mithin kann die *guideline* nicht zur Bestimmung des *cheapest cost avoiders* herangezogen werden.

(c) The best briber

Eine weitere *guideline* von *Calabresi* ist „*the best briber*“.⁸¹³ Wird diese *guideline* auf die zugrundeliegende Untersuchung übertragen, sollte demjenigen das Risiko für Unklarheiten zugewiesen werden, der vor dem Hintergrund aller Kostenelemente am günstigsten Geschäfte am Markt abschließen kann.⁸¹⁴ Von einem günstigen Geschäft spricht man, wenn sich von einem Geschäft irgendein wirklicher oder vermeintlicher Vorteil versprochen wird.⁸¹⁵ Der Vorteil muss allerdings nicht zwingend wirtschaftlicher Natur sein und mit dem Preis zusammenhängen.⁸¹⁶ Ein günstiges Geschäft liegt vielmehr auch dann vor, wenn immateriell (geistig oder ideell) etwas dazu beiträgt, die Bedürfnisse zu befriedigen.⁸¹⁷

Jedoch impliziert diese *guideline* von *Calabresi*, dass nicht feststellbar ist, welche Person der „*cheapest cost avoider*“ ist.⁸¹⁸ Andernfalls würden dieser Person von Beginn an die fraglichen Kosten auferlegt werden können.⁸¹⁹ Vor diesem Hintergrund muss diese *guideline* gegenüber dem sonstigen *guidelines* als subsidiär eingestuft werden. Kann mithilfe der vorstehenden *guidelines* oder mittels der intuitiven Erwägungen nicht festgestellt werden, wer der „*cheapest cost avoider*“ ist, soll die *guideline* „*the best briber*“ herangezogen werden. In Bezug auf die Frage, welche Person im Rahmen der Verwendung von automatisierten Willenserklärungen der „*cheapest cost avoider*“ ist, könnte jedoch der nachstehende Abschnitt zu einem Ergebnis verhelfen. Aus diesem Grund kann und sollte die *guideline* „*the best briber*“ zurückgestellt werden.

⁸¹² *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 144 ff.

⁸¹³ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 150 ff.

⁸¹⁴ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 150 ff.

⁸¹⁵ Fezer/Büscher/Obergfell/Rengier, UWG § 16 Rn. 96.

⁸¹⁶ Fezer/Büscher/Obergfell/Rengier, UWG § 16 Rn. 96; siehe auch BGHSt 4, S. 44 (S. 45).

⁸¹⁷ Fezer/Büscher/Obergfell/Rengier, UWG § 16 Rn. 96.

⁸¹⁸ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 151.

⁸¹⁹ *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 151.

(3) „Einfachste“ Vermeidung von Unklarheiten

Neben den vorstehenden *guidelines* von *Calabresi* könnten auch intuitive Erwägungen zu einer Aussage verleiten, wer der „cheapest cost avoider“ ist. In diesem Sinne könnte schlicht der Frage nachgegangen werden, ob der Verwender von automatisierten Willenserklärungen derjenige ist, der Unklarheiten am „einfachsten“ verhindern kann.⁸²⁰ Die Formulierung „am einfachsten“ hat derweil in der Rechtsökonomie keinen festgelegten Bedeutungsgehalt. Insoweit sollte von einem „unbestimmten Begriff“⁸²¹ ausgegangen werden. Damit ist die Bedeutung der Formulierung „am einfachsten“ anhand des Zwecks und der Funktion der rechtsökonomischen Theorie des „cheapest cost avoider“ zu messen.⁸²² Nach dem Sinn und Zweck des „cheapest cost avoider“ könnten unter die Formulierung „am einfachsten“ bspw. der kostengünstigste Aufwand, die einfachste Kostenvermeidung oder auch die effizienteste Kostenvermeidung subsumiert werden.⁸²³

Des Weiteren besteht die Möglichkeit, den „Schutz des Schwächeren“ als zusätzlichen rechtsökonomischen Faktor zur Beurteilung hinzuzuziehen.⁸²⁴ Neben dem Effizienzkriterium ist der „Schutz des Schwächeren“ in der Rechtsökonomie nämlich ebenfalls ein angesehenes Ziel.⁸²⁵ Es stellt sich der Frage, inwieweit der Schutz des Schwächeren mit dem Ziel der Allokationseffizienz in Einklang zu setzen ist.⁸²⁶ Mithin kann auch der „Schutz des Schwachen“ und nicht nur das Streben nach Effizienz im Vordergrund stehen. Im Ergebnis können, müssen aber nicht in jedem Fall diese zwei Elemente übereinstimmen.

Zur Beurteilung, wer derjenige ist, der „am einfachsten“ Unklarheiten vermeiden kann, kann damit begleitend auch der Frage nachgegangen werden, ob der Empfänger von automatisierten Willenserklärungen als „schwächer“ gegenüber dem Verwender anzusehen ist. Diesbezüglich können die jeweiligen Einflussnahmemöglichkeiten als Anknüpfungspunkt dienen, um sowohl zu erfahren, ob eine Partei „schwächer“ ist als die andere, als auch um zu erfahren, ob eine Partei „einfacher bzw. am einfachsten“ Unklarheiten vermeiden kann. Schließlich erscheint es naheliegend, dass, soweit eine Partei allein oder weit überwiegend Einflussmöglichkeiten auf ein zu ihren Lasten bestehendes Risiko hat, sie nicht nur

⁸²⁰ Vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 252 ff.

⁸²¹ Unter einem unbestimmten Rechtsbegriff werden Begriffe verstanden, deren Inhalt und Umfang ungewiss sind. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 108.

⁸²² Vgl. hierzu *Larenz*, JZ 1962, S. 105.

⁸²³ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 252; *Veljanovski*, Economic Principles of Law, S. 52.

⁸²⁴ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, XLI–XLIII; siehe zudem zum ökonomischen Faktor des Schutzes des Schwächeren *Willems*, Justinian als Ökonom, S. 201, S. 209, S. 281 f., S. 372, S. 380.

⁸²⁵ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, XLI–XLIII.

⁸²⁶ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, XLI–XLIII.

die Person ist, die es „am einfachsten“ vermeiden kann, sondern auch die Person ist, die im Vergleich zur anderen Vertragspartei „stärker“ ist, da sie die entsprechende Gestaltungsmacht innehaltet.⁸²⁷ Haben beide Parteien eines Vertrages indessen Einflussmöglichkeiten auf ein bestehendes Risiko (hier Unklarheiten/Mehrdeutigkeiten), so ist wohl der Seite das Risiko zuzuweisen, die es am kostengünstigsten bzw. billigsten beherrschen kann.⁸²⁸

In Bezug auf automatisierte Willenserklärungen verhält es sich nun wie folgt. Automatisierte Willenserklärungen werden mithilfe von automatischen Datenverarbeitungsanlagen hergestellt.⁸²⁹ Dabei verwirklicht die Anlage nur logische Operationen aufgrund von zuvor vorgenommener Softwarereprogrammierung seitens des Verwenders der (zukünftigen) automatisierten Willenserklärungen.⁸³⁰ Der Verwender von automatisierten Willenserklärungen definiert insoweit mittels der Programmierung, unter welchen Bedingungen das System die Willenserklärung nach außen abgeben darf; die Einspeisung bzw. die Eingrenzung der entsprechenden Parameter ist stets auf seinen Willen zurückzuführen.⁸³¹

Zu untersuchen ist, ob der Verwender von automatisierten Willenserklärungen durch dieses Vorgehen den Vertragsinhalt und dessen einzelne Formulierungen so ausgestaltet, wie es auch der Verwender von AGB durch dessen Einbeziehung in den Vertrag erreicht.⁸³² Zur Veranschaulichung soll dies anhand des Vertragschlusses im elektronischen Rechtsverkehr beurteilt werden. Begeht ein Kunde eine bestimmte Leistung und will er diese über einen Onlineshop erwerben, muss er den Umfang seiner Leistung auswählen, seine persönlichen Daten hinterlegen, ein Zahlungsmittel auswählen und zum Schluss zahlungspflichtig bestellen.⁸³³ Sodann kann der Betreiber des Onlinehandels ein Softwareprogramm nutzen, um neben der Bestellbestätigung an den Kunden zugleich auch eine Annahme des

⁸²⁷ NK-BGB/*Stefanie Jung*, § 313 Rn. 77.

⁸²⁸ NK-BGB/*Stefanie Jung*, § 313 Rn. 77.

⁸²⁹ Köhler, BGB Allgemeiner Teil, § 6 Rn. 8; Spindler/Schuster/*Spindler*, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 5; Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, § 17 Rn. 32a.

⁸³⁰ Die Datenverarbeitungsanlage agiert nicht autonom, sondern aufgrund eines dahinterstehenden menschlichen Willens. Der objektive Tatbestand der automatisierten Willenserklärung wird computergesteuert erstellt, die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen liegen beim Menschen, der die Programmierung vornimmt. Köhler, BGB Allgemeiner Teil, § 6 Rn. 8; Spindler/Schuster/*Spindler*, Vorbemerkung §§ 116 ff. BGB Rn. 5; Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, § 17 Rn. 32a.

⁸³¹ Der Inhalt der automatisierten Willenserklärung ist mit dem Zeitpunkt der Dateneingabe in das Datenverarbeitungsprogramm zudem entweder bestimmt oder zumindest bestimmbar. Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 963); vgl. BGH NJW 2011, S. 289 (S. 290).

⁸³² Zur Einbeziehung von AGB in den Vertrag siehe bspw. BeckOGK BGB/Lehmann-Richter, § 305 Rn. 188 ff.; NK-BGB/Andreas Kollmann, § 305 Rn. 46 ff.; m.w.N. MüKoBGB/Fornasier, § 305 Rn. 56 ff.

⁸³³ Siehe hierzu bspw. BeckOGK BGB/*Busch*, § 312i Rn. 2ff.; NK-BGB/*Gerhard Ring*, § 312i; Jauernig/*Stadler*, § 312i Rn. 1ff.; MüKoBGB/*Wendehorst*, § 312i.

Angebots des Kunden zu erklären.⁸³⁴ Der Kunde muss sich hierbei aber einer „take it or leave it“-Situation ausgesetzt sehen. Zwar bestimmt er das einzelne Produkt bzw. die einzelne Leistung, die er gerne erwerben möchte. Jedoch erlangt er diese nur, wenn er zuvor den Bestellvorgang – der vom Betreiber des Onlineshops vorgegeben ist – ordnungsgemäß durchläuft und seine hinterlegten Daten korrekt sind.⁸³⁵ Durchläuft er den Bestellvorgang nicht korrekt oder versucht er sich diesem zu widersetzen, wird das Softwareprogramm keine automatisierte Willenserklärung abgeben; es kommt zu keinem Vertragsabschluss. Indem der Kunde sein Angebot abgibt, übernimmt er damit zwangsläufig die Bestimmungen und Formulierungen des Vertragsinhaltes seitens des Betreibers, welche sich aus dem Bestellvorgang und den AGB ergeben. In diesem Sinne leitet der Verwender von automatisierten Willenserklärungen den Kunden hin zu einem Angebot nach seinen Bedingungen und nicht nach denen des Kunden. Dies wird durch die im Vorfeld getroffene Programmierung sichergestellt, welche bestimmt, wann das System durch Abgabe einer automatisierten Willenserklärung das Angebot des Kunden annimmt.⁸³⁶ Im Kern bedeutet dies nun, wenn sich der Betreiber eines Onlineshops vorformulierter Angebote bedient, werden diese sodann von dem Kunden im Rahmen der Buchungsmaske ausgefüllt und als Erklärungen wiederum an den Betreiber gerichtet, der als Betreiber des Onlineshops derjenige ist, der die fragliche Äußerung in den Vertrag eingebracht hat.⁸³⁷

In solch einem Szenario ist eine individuelle Vertragsausgestaltung durch den Kunden weder vorgesehen noch realistisch zu erreichen.⁸³⁸ Der Kunde bzw. der Vertragspartner nimmt selbst keinen Einfluss auf die ihm gegenüber erklärte automatisierte Willenserklärung. Zwar könnte der Eindruck entstehen, er erzeugt diese inhaltlich mit, weil er sich dem Bestellsystem fügt und damit den Vertrags-

⁸³⁴ Die Abgabe einer automatisierten Willenserklärung wird in solch einem Fall dadurch ermöglicht, dass eine zuvor vorgenommene Softwareprogrammierung entweder automatisiert den Lagerbestand nach dem jeweiligen Produkt überprüft oder kontrolliert, ob die Buchungsmaske vom Kunden korrekt ausgefüllt wurde. Ist das Produkt vorhanden bzw. wurde die Buchungsmaske korrekt bedient, erklärt das System automatisch die vorbehaltlose Ausführung der Bestellung. Vgl. NJW-RR 2016, S. 1073; BeckOK BGB/*Wendtland*, § 119 Rn. 29; Grüneberg/*Grüneberg*, § 312i Rn. 7; *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 961); siehe auch zur automatisierten Willenserklärung BGHZ 195, S. 126; MüKoBGB/*Busche*, § 147 Rn. 4; ErmanBGB/*Armbrüster*, § 147 Rn. 2; *Wertenbruch*, BGB Allgemeiner Teil, § 10 Rn. 30.

⁸³⁵ Siehe zu Eingabefehlern MüKoBGB/*Wendehorst*, § 312i Rn. 63 ff.; m.w.N. Beck-OGK BGB/*Busch*, § 312i Rn. 13 ff.

⁸³⁶ Vgl. BGH NJW 2011, S. 289 (S. 290); *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 963).

⁸³⁷ Vgl. LGZ Wien 42 R. 2849/49, EvBl 1950/169; *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB, § 915 Rn. 37.

⁸³⁸ Vgl. bspw. auch die Buchungsmaske der Deutschen Bahn, <https://www.bahn.de/angebot> (zuletzt geprüft am 11.05.2023); <https://reiseauskunft.bahn.de/bin/query.exe/dn?tbpMode=1%20&date=%2B1&getstop=1> (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

inhalt hinsichtlich des Vertragsgegenstands gestaltet. Jedoch unterwirft sich der Kunde den vom Betreiber des Bestellsystems vorgegebenen Bedingungen. Insofern kann ihm auch kein bedeutender Einfluss auf die Vertragsformulierung zu kommen.

Nicht zuletzt würde die Einflussnahme des individuellen Kunden/Vertragspartners den erstrebten Rationalisierungsprozess aufhalten. Schließlich möchte der Verwender gerade durch die vorgenommene Softwareprogrammierung massentauglich Verträge mit einer unbestimmten Anzahl verschiedenster Personen abschließen, ohne jeweils einen individuellen Vertragsinhalt zugrunde zu legen bzw. sich von den einzelnen Kunden beeinflussen lassen zu müssen. Der Verwender von automatisierten Willenserklärungen gestaltet demnach den Vertragsinhalt ebenso einseitig wie der Verwender von AGB.

Dass beide Parteien des Vertrages Einflussmöglichkeiten auf das bestehende Risiko von Unklarheiten bzw. Mehrdeutigkeiten haben, wurde somit durch das Vorstehende abgelehnt. Es ist insbesondere der Verwender von automatisierten Willenserklärungen, der mit seinen vorformulierten Angeboten den künftigen Vertrag gestaltet, sogenannte Formulierungsverantwortung. Wie gesehen, gibt zwar der Kunde eine Erklärung (Angebot) ab, doch ist es der Betreiber der Software bzw. der Verwender von automatisierten Willenserklärungen, der im Vorfeld die einschlägigen Parameter festgelegt hat.⁸³⁹ Er entscheidet, welcher Wortwahl, welcher Formulierungen oder welcher Darstellungsweisen er sich bedient. Er programmiert den Inhalt der künftigen automatisierten Willenserklärungen und kann in diesem Zusammenhang durch Verwendung von deutlicheren Formulierungen Unklarheiten/Mehrdeutigkeiten vermeiden.⁸⁴⁰

Werden Unklarheiten bzw. Mehrdeutigkeiten bekannt, so ist es die Person des Verwenders von automatisierten Willenserklärungen, die durch eine erneute Programmierung die Vorlage für die automatisierten Willenserklärungen ändern kann. Dabei ist nicht zu erwarten, dass sie die Programmierung von Grund auf neu vornehmen muss, sondern lediglich die zu verwendenden Ausdrücke austauscht bzw. die einschlägigen Parameter umschreibt. Dass in solch einem Fall der Empfänger von automatisierten Willenserklärungen mehrdeutige Formulierungen korrigiert, ist nicht vorgesehen.⁸⁴¹ Mithin sollte davon ausgegangen werden, dass die Umschreibung der Parameter oder der Austausch von unklaren/mehrdeutigen Wortgruppen für den Verwender von automatisierten Willenserklärungen nicht von unverhältnismäßigem Aufwand oder wirtschaftlichem Nachteil

⁸³⁹ Vgl. LGZ Wien 42 R 2849/49, EvBl 1950/169; *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB, § 915 Rn. 37.

⁸⁴⁰ Vgl. *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, § 6 Rn. 8; *Spindler/Schuster/Spindler*, Vorbemerkung §§ 116ff. BGB Rn. 5; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, § 17 Rn. 32a.

⁸⁴¹ Vgl. bspw. <https://www.bahn.de/service/buchung> (zuletzt geprüft am 11.05.2023); <https://instantink.hpconnected.com/de/de/l/> (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

ist. Andernfalls würde der Nutzen von automatisierten Willenserklärungen im Allgemeinen entfallen, da immer davon ausgegangen werden muss, dass Änderungen erfolgen. Es muss im Interesse des Verwenders von automatisierte Willenserklärungen sein, unkompliziert unklare und mehrdeutige Begriffe auszutauschen und damit auf eine Vielzahl von Verträgen einzuwirken. Andernfalls bestünde die Gefahr, Formulierungen zu seinen Lasten nicht mehr abändern zu können, was nicht seinem Interesse entsprechen kann.

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass der Empfänger von automatisierten Willenserklärungen als die „schwächer“ Vertragspartei anzusehen ist, da es der Verwender von automatisierten Willenserklärungen ist, der Unklarheiten „am einfachsten“ vermeiden kann. Dies liegt zum einen an seinen Einflussnahmemöglichkeiten hinsichtlich der Softwareprogrammierung. Zum anderen ist davon auszugehen, dass die Einwirkung auf die Gestaltung der automatisierten Willenserklärungen dergestalt „einfach“ ist, dass der Verwender von automatisierten Willenserklärungen damit keinen Verlust am Rationalisierungsprozess erleidet. Die Gefahr, dass eine von ihm gewählte Formulierung zu seinen Lasten geht, muss er „schnell und einfach“ beseitigen können. Andernfalls entfiele, wie gesehen, der Vorteil von automatisierten Willenserklärungen und er könnte auf die automatisierte Generierung und Abgabe seiner Willenserklärungen verzichten.

bb) Zwischenergebnis

Die vorstehende Untersuchung ergibt, dass der Verwender von automatisierten Willenserklärungen als der „cheapest cost avoider“ anzusehen ist. Dies zeigt sich durch intuitive Überlegungen sowie durch den Aspekt der Information. Letztere bilden nach *Calabresi* ebenfalls einen Bestandteil zur Ermittlung des „cheapest cost avoider“ und können herangezogen werden.⁸⁴² Im Ergebnis bedeutet dies nun, dass nicht nur dem Verwender von AGB, sondern auch dem Verwender von automatisierten Willenserklärungen die Bürde zukommen soll, sich klarer auszudrücken, da er leichter Unklarheiten vermeiden kann.⁸⁴³ Die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB erscheint geeignet, demjenigen das Risiko für Unklarheiten aufzuerlegen, der auch für dieses verantwortlich ist bzw. der es am einfachsten vermeiden kann. Das Prinzip des „cheapest cost avoider“ kann auf automatisierten Willenserklärungen übertragen werden.

3. Auslegung zulasten des Verwenders = Anreiz zur transparenten Formulierung?

Zu untersuchen ist noch, ob die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB dazu geeignet ist, für den Verwender von automatisierten Willenserklärungen einen Anreiz

⁸⁴² *Calabresi*, The Cost of Accidents, S. 139 ff., S. 143 ff.

⁸⁴³ Vgl. HKK-BGB/*Vogenauer*, §§ 305–310 (III) Rn. 34.

zu bieten, klarer zu formulieren. Aus rechtsökonomischer Sicht müsste die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB damit die Handlungsweise des Vertragsverfassers bzw. des Verwenders von automatisierten Willenserklärungen beeinflussen können. Bereits mit der Aufnahme von § 305c Abs. 2 in das BGB versprachen sich die Gesetzgeber den rechtspolitischen Effekt, dass AGB in Zukunft klarer und eindeutiger gefasst würden.⁸⁴⁴ An der praktischen Umsetzung mangelt es allerdings in Teilen bis heute.⁸⁴⁵

Dennoch gilt, dass im Falle einer objektiv mehrdeutigen Klausel diese zulasten des Verwenders auszulegen ist und damit ihr diejenige Bedeutung zukommt, die für den anderen Teil (bspw. den Kunden) am günstigsten ist.⁸⁴⁶ Insoweit besteht für den Verwender ein Risiko, eigene Vorteile gegenüber der anderen Vertragspartei einzubüßen, seien es solche von wirtschaftlicher, rechtlicher oder bürokratischer Natur. Da in Bezug auf automatisierte Willenserklärungen die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB bislang nur im Schrifttum⁸⁴⁷ und noch nicht in der Rechtsprechung vertreten wurde, können an dieser Stelle nur Vermutungen angestellt werden, inwieweit die Analogie einen Anreiz zur transparenteren Formulierung bieten kann.

Sollte sich die Ansicht in der Rechtspraxis durchsetzen, so müsste sich der Verwender von automatisierten Willenserklärungen auch dem vorstehenden Risiko ausgesetzt sehen. Der Vertrag bliebe wirksam und wäre nicht – wie bislang – wegen Dissens nach § 155 BGB nichtig.⁸⁴⁸ Damit bestünde auch für den Verwender von automatisierten Willenserklärungen das Risiko einer ungünstigen Auslegung. Es ist zu vermuten, dass diese Risikozuweisung einen Anreiz zur sorgfältigen Ausgestaltung seiner Willenserklärung bieten kann. Vor allem aus ökonomischer Sicht wird sich der Verwender von automatisierten Willenserklärungen zumindest diesem Risiko nicht fahrlässig und bedenkenlos aussetzen wollen. Damit kann durch die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB ein Anreiz zur transparenteren Formulierung gesetzt werden. Inwieweit dieser dazu führt, dass der Verwender von automatisierten Willenserklärungen aber auch tatsächlich transparenter formuliert, kann erst die Praxis zeigen.

⁸⁴⁴ BT-Drucks. 7/5422, S. 5.

⁸⁴⁵ Dies zeigt sich bspw. darin, dass AGB lieber unverständlich und rechtssicher als verständlich und abmahnbar formuliert werden. Jede Eventualität soll abgedeckt werden. Siehe hierzu bspw. <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/allgemeine-geschaeftsbedingungen-das-will-keiner-lesen-1.3610524> (zuletzt geprüft am 11.05.2023).

⁸⁴⁶ Vgl. MüKoBGB/Fornasier, § 305c Rn. 49f.; BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 115ff.; NK-BGB/Andreas Kollmann, § 305c Rn. 32ff.

⁸⁴⁷ Grüneberg/Ellenberger, § 133 Rn. 23, 26a; MüKoBGB/Busche, § 133 Rn. 29; StaudingerBGB/Herrler, § 133 Rn. 63; NK-BGB/Looschelders, § 133 Rn. 89; BeckOGK BGB/Möslein, § 133 Rn. 93.

⁸⁴⁸ MüKoBGB/Fornasier, § 305c Rn. 43.

4. Ergebnis

Die rechtsökonomische Betrachtung hat gezeigt, dass das Prinzip des „cheapest cost avoider“ nicht nur auf AGB, sondern auch auf automatisierte Willenserklärungen übertragen werden kann. Der Verwender von automatisierten Willenserklärungen hat sich insoweit als die Person des „cheapest cost avoider“ herauskristallisiert. Nach der Lehre vom „cheapest cost avoider“ bedeutet dies, dass er das Risiko für Unklarheiten/Mehrdeutigkeiten zu tragen hat, da er derjenige ist, der diese am transaktionsgünstigsten vermeiden kann.⁸⁴⁹

Dieses Ergebnis spricht für die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB. Denn mithilfe der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB kann der tatsächliche „cheapest cost avoider“ zum Abwehraufwand veranlasst werden. Aus rechtsökonomischer Sicht optimiert die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB damit die bisherige Rechtslage. Nur die Person, die für Unklarheiten verantwortlich ist, wird zum Abwehraufwand herangezogen. Darüber hinaus optimiert die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB die bisherige Rechtslage dadurch, dass sie durch die „drohende“ Rechtsfolge der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB einen Anreiz schafft, klarer zu formulieren. Aus rechtsökonomischer Sicht ist die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB somit zu befürworten.

II. Rechtsvergleichende Betrachtung – Österreich

Wie zu Beginn des Kapitels dargelegt, soll eine rechtsvergleichende Betrachtung zu Österreich zum Ziel haben, weitere einschlägige Argumente für die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB hervorzu bringen. Vorweg stellt sich jedoch die Frage, wieso gerade ein Rechtsvergleich zu Österreich erfolgen soll. Österreich und Deutschland verbindet eine lange kulturelle und geschichtliche Verbundenheit. Etwa waren die österreichischen Länder bis 1806 Teil des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation. Bis 1866 waren die österreichischen Länder Mitglieder beim Deutschen Bund. Beide Staaten sind zudem Rechts- und Bundesstaaten in der Europäischen Union und haben jeweils die deutsche Sprache als Amtssprache. Der Vergleich der Regelungen in Deutschland mit denen in Österreich ist dabei besonders interessant, weil man feststellen wird, dass trotz vergleichbarer gesellschaftlicher und sozialer Umstände zum Teil andere Bestimmungen bezüglich der Auslegung von Rechtsgeschäften bzw. Willenserklärungen gelten. Schließlich hat das österreichische ABGB – im Gegensatz zum deutschen BGB – eine allgemeine Unklarheitenregel in § 915 ABGB kodifiziert.⁸⁵⁰ Diese

⁸⁴⁹ Calabresi, The Cost of Accidents, S. 135 ff.; Posner, Guido Calabresi's 'The Cost of Accidents': A Reassessment, S. 16; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 252 ff.; NK-BGB/Jung, § 313 Rn. 76 f.; MüKoBGB/Finkenauer, § 313 Rn. 69; Calabresi, The Cost of Accidents, S. 135 ff.

⁸⁵⁰ Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 11 ff.; Schwimann/Kodek, ABGB, § 915 Rn. 17.

Ausgangslage fordert es geradezu heraus bzw. begünstigt es, im jeweils anderen Land die Herangehensweisen zu ähnlichen rechtlichen Problemlagen und Fragestellungen zu untersuchen.

Konkret untersucht wird, wie sich die Auslegung von „normalen“ Willenserklärungen, aber auch von automatisierten Willenserklärungen im österreichischen Recht insbesondere vor dem Hintergrund der allgemeinen Unklarheitenregel vollzieht. Darüber hinaus soll die Geschichte der Unklarheitenregel beleuchtet werden, um die Unterschiede in der Kodifizierung zum deutschen BGB zu verdeutlichen. Von der rechtsvergleichenden Betrachtung wird erhofft, den Nutzen einer allgemeinen Unklarheitenregel zu verdeutlichen und sodann auf die Argumentation für die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB zu übertragen.

1. Die Auslegung von Willenserklärungen

Das österreichische ABGB hat Auslegungsregeln sowohl für Willenserklärungen als auch für Verträge kodifiziert. Von Relevanz sind an dieser Stelle insbesondere die Normen §§ 863, 914, 915 ABGB.

a) Allgemeines

Das österreichische Recht stellt für die Auslegung von Willenserklärungen unter anderem die folgenden Auslegungsregeln zur Verfügung.

§ 863 ABGB:

(1) Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen, sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen. (2) In Bezug auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

§ 914 ABGB:

Bei der Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.

Die Norm des § 863 ABGB beinhaltet in Abs. 1 allgemeine Regeln über die Willenserklärung.⁸⁵¹ Ob es sich jedoch um eine Willenserklärung mit Rechtsfolgen handelt, ist nach der aus § 863 ABGB und §§ 870 ff. ABGB abzuleitenden Vertrauenstheorie⁸⁵² zu beurteilen.⁸⁵³ Der zweite Absatz beinhaltet eine Ausle-

⁸⁵¹ Rummel/*Rummel*, ABGB, § 863 Rn. 1.

⁸⁵² Die das ABGB beherrschende Vertrauenstheorie besagt, dass eine Erklärung so zu verstehen ist, wie sie ein redlicher, verständiger und sorgfältiger Erklärungsempfänger verstehen musste und durfte. Es ist deshalb zu berücksichtigen, ob der konkrete Erklärungsempfänger einen eventuell abweichenden Willen des Erklärenden erkennen

gungsregel, die im Rahmen der Auslegung auf den objektiven Erklärungswert aus Sicht eines redlichen Erklärungsempfängers abstellt (Vertrauenstheorie).⁸⁵⁴ Mithin beschäftigt sich § 863 ABGB mit der Frage nach der rechtlichen Existenz einer Willenserklärung. Im Gegensatz dazu geht es bei der Norm des § 914 ABGB um den Inhalt des zustande gekommenen Rechtsgeschäfts.⁸⁵⁵ Zwar trägt die Norm des § 914 ABGB den Titel „Auslegungsregeln bei Verträgen“, doch ist diese Vorschrift auch im Rahmen von einseitigen Erklärungen zu berücksichtigen.⁸⁵⁶

Ziel der Auslegung ist es, die Absicht bzw. den Willen beider Parteien zu erforschen.⁸⁵⁷ Die Auslegung setzt insoweit voraus, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine tatsächliche Willensübereinstimmung bzw. kein einheitlicher Wille festzustellen ist.⁸⁵⁸ Die Auslegung vollzieht sich dabei in unterschiedlichen Auslegungsschritten.⁸⁵⁹ Den Ausgangspunkt der Auslegung bildet der gewöhnliche Wortsinn, jedoch ohne an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haf-ten (§ 914 ABGB). Sollte sich sodann kein eindeutiger Erklärungssinn ermitteln lassen, so ist die Willenserklärung bzw. der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht (§ 914 ABGB).⁸⁶⁰ In diesem Zusammenhang kann zwischen einfacher⁸⁶¹ und ergänzender⁸⁶² Vertragsauslegung unterschieden werden.

könnte oder hätte erkennen müssen. Soweit dies der Fall ist, wird der abweichende subjektive Wille des Erklärenden zum Vertragsinhalt. *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht, Teil I, Rz. 343; *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 42.

⁸⁵³ Schwimann/Neumayr/*Kollmasch*, ABGB, § 863 Rn. 1; Rummel/*Rummel*, ABGB, § 863 Rn. 1.

⁸⁵⁴ Schwimann/Neumayr/*Kollmasch*, ABGB, § 914 Rn. 1.

⁸⁵⁵ Die Norm des § 914 ABGB weist Parallelen zu § 863 ABGB auf, da es bei beiden Normen maßgeblich auf den objektiven Erklärungswert aus Sicht eines redlichen Erklärungsempfängers ankommt. Schwimann/Neumayr/*Kollmasch*, ABGB, § 914 Rn. 1; Rummel/*Rummel*, ABGB, § 863 Rn. 1 ff., § 914 Rn. 1 ff.

⁸⁵⁶ Siehe bspw. 8 ObA 57/04x; 9 ObA 38/02g; *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 40; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht, Teil I, Rz. 349.

⁸⁵⁷ Schwimann/Neumayr/*Kollmasch*, ABGB, § 914 Rn. 2; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht, Teil I, Rz. 349; *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 40 f.

⁸⁵⁸ OGH 4 Ob 546/79; 1 Ob 108/03v; Schwimann/Neumayr/*Kollmasch*, ABGB, § 914 Rn. 2.

⁸⁵⁹ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht, Teil I, Rz. 349.

⁸⁶⁰ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht, Teil I, Rz. 350.

⁸⁶¹ Von einfacher Vertragsauslegung wird gesprochen, wenn der ermittelte Sinn im Wortlaut der Erklärung noch eine Stütze findet. Das eigentliche Ziel der einfachen Auslegung ist die Feststellung der Absicht der Parteien. Rummel/*Rummel*, ABGB, § 914 Rn. 4; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht, Teil I, Rz. 351.

⁸⁶² Bei der ergänzenden Auslegung geht es um die Lösung von Problemfällen, insbesondere Störungen in der Vertragsabwicklung, für die die Vertragsparteien nichts geregelt haben (Vertragslücke). Sie kommt zur Anwendung, wenn die Parteien zwar selbst keine Regelung getroffen haben, die Anwendung der gesetzlichen Normen aber jedenfalls nicht wollten, oder wenn sich die gesetzliche Regelung für den konkreten Fall aus-

b) Die Unklarheitenregel in § 915 ABGB

Neben den vorstehenden Auslegungsregeln kennt das österreichische ABGB eine weitere (besondere) Auslegungsnorm: § 915 ABGB.

§ 915 ABGB:

Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auferlegen wollte, bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachteile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat (§ 869).

Diese Auslegungsnorm beinhaltet zwei Interpretationsregeln – eine Belastungsregel und eine Unklarheitenregel.⁸⁶³ Bezuglich der Anwendung wird zwischen einseitig und zweiseitig verbindlichen Verträgen unterschieden. Von der ersten Fallgruppe werden bspw. Schenkungen umfasst, welche aufgrund ihres freigiebigen Charakters eine besondere Behandlung erfahren sollen;⁸⁶⁴ da der sich einseitige Verpflichtende keine Gegenleistung erhält, ist im Zweifel die für ihn günstigere Auslegung zu wählen.⁸⁶⁵ Im Rahmen der zweiten Fallgruppe ist entscheidend, wer sich einer unklaren Erklärung bedient hat bzw. wer für diese die Verantwortung trägt.⁸⁶⁶ Derjenige soll sodann durch die Auslegungsvariante mit einer Auslegung zu seinen Lasten „bestraft“ werden.⁸⁶⁷

Die Auslegungsnorm ist für Verträge sowie für einseitige Erklärungen von Bedeutung, gelangt aber nur dann zur Anwendung, wenn die Auslegung nach § 914 ABGB zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt hat.⁸⁶⁸ Dies bedeutet, dass auf Ebene der einfachen Auslegung mindestens zwei nahezu gleichwertige Auslegungsalternativen verbleiben.⁸⁶⁹ Damit steht die Norm des § 915 ABGB zu § 914 ABGB in einem subsidiären Verhältnis.⁸⁷⁰

Im Nachfolgenden gilt es zu untersuchen, inwieweit eine allgemeine Unklarheitenregel der Auslegung nützt und ob dies einen Anreiz für das deutsche Recht

nahmsweise als nicht sachgerecht erweist. Schwimann/Neumayr/*Kollmasch*, ABGB, § 914 Rn. 5; m.w.N. *Bollenberger*, KBB, § 914 Rn. 8 ff.

⁸⁶³ Schwimann/Neumayr/*Kollmasch*, ABGB, § 915 Rn. 1.

⁸⁶⁴ *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 45.

⁸⁶⁵ *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 45.

⁸⁶⁶ 6 Ob 142/10s; 2 Ob 144/08b; *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 45; Schwimann/Neumayr/*Kollmasch*, ABGB, § 915 Rn. 3.

⁸⁶⁷ Vgl. bspw. OGH 7 Ob 100/11y; 4 Ob 2/11i; *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 46.

⁸⁶⁸ 10 Ob 42/17z; 7 Ob 227/15f; 6 Ob 125/14x; 5 Ob 237/13h; 6 Ob 142/10s; 5 Ob 32/09f; Schwimann/Neumayr/*Kollmasch*, ABGB, § 915 Rn. 1 ff.; Rummel/*Rummel*, ABGB, § 915 Rn. 1 ff.; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht, Teil I, Rz. 352; *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 45.

⁸⁶⁹ *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 45.

⁸⁷⁰ 10 Ob 42/17z; 7 Ob 227/15f; 6 Ob 125/14x; 5 Ob 237/13h; 6 Ob 142/10s; 5 Ob 32/09f.

bildet, die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB im Rechtsverkehr anzuwenden. Um die in § 915 2. Fall ABGB verankerte Unklarheitenregel besser zu verstehen, werden die Geschichte von § 915 ABGB sowie dessen Anwendungsbereich zunächst näher besprochen.

aa) Geschichte von § 915 ABGB

Seit Jahresbeginn 1812 ist das österreichische ABGB in Kraft und gilt (in überarbeiteter Form) bis heute.⁸⁷¹ Das Bestreben hin zu einer umfassenden Gesetzgebung setzte indessen bereits zu Beginn des 18. Jahrhunderts ein.⁸⁷² Aber auch das römische Recht prägte die Entstehungsgeschichte des ABGB. Im Folgenden soll nun die Entwicklung der heutigen Unklarheitenregel in § 915 ABGB anhand der einschlägigen Entwürfe und „Zwischen“-Kodifikationen besprochen werden. Von Interesse ist hierbei, inwieweit die Unklarheitenregel Einzug in die Entwürfe bzw. Kodifikationen gefunden hat und welcher Formulierung sich für die Unklarheitenregel bedient wurde.

(1) Römisches Recht

Die Norm des § 915 ABGB hat wie auch die Norm des § 305c Abs. 2 BGB ihre Wurzeln im römischen Recht.⁸⁷³ Damit sind auch hier die im Vorfeld untersuchten Digestenstellen von Relevanz.⁸⁷⁴ Dennoch können im Rahmen von § 915 ABGB weitere Digestenstellen angeführt werden. Bspw. kann der erste Halbsatz „Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auferlegen wollte“ auf eine Digestenstelle Ulpians zurückgeführt werden.⁸⁷⁵

Ulp. 50 Sab. D. 50.17.9

Semper in obscuris quod minimum est sequimur.

In unsicheren Angelegenheiten nehmen wir immer den am wenigsten schwierigen Standpunkt ein.⁸⁷⁶

⁸⁷¹ Vertiefend zur Kodifikation des ABGB siehe *Brauneder*, FS Gunter Wesener, 1992, S. 67–80.

⁸⁷² *Meder*, Rechtsgeschichte, S. 291.

⁸⁷³ *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 19; *Klang/Gschnitzer*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, § 915 III, S. 429; *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Teil I, S. 248 Fn. 15.

⁸⁷⁴ Siehe hierzu im 3. Kapitel zur historischen Entwicklung der allgemeinen Unklarheitenregel im römischen Recht.

⁸⁷⁵ *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 19.

⁸⁷⁶ Englische Übersetzung: „In matters that are obscure we always adopt the least difficult view.“ *Watson/Crawford*, 50.17.9.

Der zweite Halbsatz „bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachteile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat“ kann auf eine bereits im Vorfeld angesprochene Digestenstelle zurückgeführt werden.⁸⁷⁷

Pap. 5 quaest. D. 2.14.39

Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.

Von den alten Juristen ist anerkannt, dass eine unklare und mehrdeutige Vereinbarung zulasten des Verkäufers und derjenigen geht, die vermietet, verpachtet oder ein Werk bestellt haben, weil es in ihrer Macht lag, die Vertragsbestimmungen deutlicher abzufassen.⁸⁷⁸

(2) Naturrecht

Das ABGB ist das Ergebnis von langjährigen Bemühungen um eine Kodifikation des bürgerlichen Rechts seit Mitte des 18. Jahrhunderts.⁸⁷⁹ Dabei steht das ABGB in einer Reihe von Kodifikationsbemühungen: Codex Maximilianeus Bavanicus Civilis (1756), Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten (1794) und Code civil (1804). Diese Kodifikationsbemühungen waren das Ergebnis der Systembildung im Naturrecht und dem Drang zur Herausbildung umfassender Ordnungssysteme geschuldet.⁸⁸⁰ Naturrecht meint die Rechtfertigung und Ableitung des Rechts aus der Natur bzw. der menschlichen Vernunft. Es bezieht sich auf die Eigenart der menschlichen Existenz und der Natur und beruht auf der Behauptung, dass etwas Recht oder Unrecht ist, weil es der Natur des Menschen wider- oder entspricht.⁸⁸¹ Das Naturecht zeichnet sich durch eine mathematische Herangehensweise an das Recht aus.

Die Entstehung des ABGB kann in zwei Abschnitte unterteilt werden,⁸⁸² der erste Abschnitt endet mit der Kodifikation des Teil-ABGB und der zweite mit dem ABGB 1811.⁸⁸³ Wesentliche Zwischenschritte bilden der Codex Theresianus von 1766,⁸⁸⁴ der Entwurf Horten sowie der Entwurf Martini.⁸⁸⁵

⁸⁷⁷ So *Klang/Gschnitzer*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, § 915 III, S. 429; *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 19.

⁸⁷⁸ Zur Übersetzung siehe Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler/*Krampe*, D. 2.14.39.

⁸⁷⁹ *Raff/Seybold*, StudRZ 02/2012, S. 351 f.; *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte, S. 114 ff.; siehe zudem auch *Wellspacher*, FS zur Jahrhundertwende des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 173–207.

⁸⁸⁰ *Raff/Seybold*, StudRZ 02/2012, S. 354; siehe zur Privatrechtskodifikationen von 1786 und 1798 auch *Brauneder*, JuS 2000, S. 15–17; siehe auch *Wesener*, FS Karl Kroeschell, 1997, S. 1365.

⁸⁸¹ *Hähnchen*, Rechtsgeschichte, S. 231; *Schlinker*, Rechtsgeschichte, S. 226 ff.; *Meder*, Rechtsgeschichte, S. 261 ff.

⁸⁸² *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte, S. 115.

⁸⁸³ *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte, S. 115.

⁸⁸⁴ Hierzu siehe bspw. *Neschwara*, Die ältesten Quellen zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABGB; *Wesener*, FS Karl Kroeschell, 1997, S. 1365 ff.

(a) Codex Theresianus

Kaiserin *Maria Theresia*⁸⁸⁶ verkündete 1753, dass mittels eines vollständigen Codex allen Provinzen „ein sicheres gleiches Recht und eine gleichförmige rechtliche Verfahrensart“ zukommen sollte.⁸⁸⁷ Ihr Ziel bestand darin, eine Zivilgesetzgebung für die Gesamtheit der deutschen Erblände zu kodifizieren.⁸⁸⁸ Hierzu bestellte sie eine Kommission, welche aus bewährten Rechtsgelehrten und Justizräten bestand, und erteilte dieser den Auftrag, einen privatrechtlichen Codex zu entwerfen, der die einzelnen Provinzialrechte, die Gesetze anderer Staaten und das allgemeine Recht berücksichtigt.⁸⁸⁹

Von Relevanz sind an dieser Stelle die Vorschriften „*Von Auslegung oder Ausdeutung von Verträgen*“⁸⁹⁰ Im zweiten Artikel „Von Verträgen“ finden sich in den §§ 171–179 des Codex Theresianus verschiedene Vorschriften, wie Verträge ausgelegt werden sollen.⁸⁹¹ Diese bauen insofern indirekt aufeinander auf, als sie vorsehen, dass, wenn eine Auslegungsregel nicht eingreift, die nachstehende in Betracht gezogen werden sollte.⁸⁹² Innerhalb dieser einzelnen Auslegungsregeln

⁸⁸⁵ Meder, Rechtsgeschichte, S. 291; Hähnchen, Rechtsgeschichte, S. 231; Brauner, Europäische Privatrechtsgeschichte, S. 115.

⁸⁸⁶ Maria Theresia (1717–1780) war die Erbtochter des Habsburgers Karl VI. Im Jahre 1740 tritt sie das Erbe an. Nach der Wahl ihres Mannes Franz I. Stephan von Lothringen zum deutschen Kaiser (1745) nimmt sie den Titel Kaiserin in Anspruch. Gegen den ständischen Widerstand setzt sie von 1749 bis 1761 den absolutistischen Staat mit landesfürstlicher Bürokratie und Zentralverwaltung durch. Köbler, Zielwörterbuch europäischer Rechtsgeschichte, S. 513.

⁸⁸⁷ von Zeiller, Commentar über das allg. bürgerl. Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie I, S. 6 ff.; siehe zum Codex Theresianus auch Voltolini, Der Codex Theresianus im österreichischen Staatsrat in FS zur Jahrhundertwende des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 33–82.

⁸⁸⁸ Harrasowky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen 1. Band, Einleitung S. 1.

⁸⁸⁹ von Zeiller, Commentar über das allg. bürgerl. Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie I, S. 7 ff.; Wesener, FS Karl Kroeschell, 1997, S. 1365 ff.; Brauner, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), S. 23 ff.

⁸⁹⁰ Siehe hierzu Harrasowky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Band 3, Caput II, Zweiter Artikel § XVI S. 45 f.

⁸⁹¹ Harrasowky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Band 3, Caput II, Zweiter Artikel § XVI S. 45 f.

⁸⁹² Die einzelnen Auslegungsnormen des Codex Theresianus aus Harrasowky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Band 3, Caput II, Zweiter Artikel § XVI S. 45 f.:

§ 171

Bei allen Verträgen muß vornehmlich auf Treue und guten Glauben gesehen, und daher bei Erhebung der Klage von dem Richter Dasjenige verfüget, und so einem als anderen Theil zuerkennet werden, was der Billigkeit gemäß ist, obgleich solches unter den Contrahenten nicht verabredet, und wörtlich gesaget und ausgedrückt worden, woferne es nur mit der Natur und Eigenschaft der fürwaltenden Handlung übereinstimmet,

findet sich eine Auslegungsregel, die der heutigen Norm des § 915 ABGB und damit einer Unklarheitenregel ähnelt.

§ 179

Dann Treue und Glauben erheischt, daß ein ernstlich und bedächtlich geschlossener Vertrag nach Thunlichkeit bei Kräften erhalten, und bei bemüßiger Auslegung der Verträgen allemal die Billigkeit vor Augen genommen, erst aber damals, wann sonst auf keinerlei Art die Klarheit und Gewissheit zu erreichen ist, die Ausdeutung der

und es insgemein bei dergleichen Handlung also zu halten von den Gesetzen geordnet wird.

§ 172

Entstünde aber über den Sinn und Verstand der Verträge ein Zweifel, so ist bei Auslegung derer selben sich förderist dahin zu bestreben, damit entweder aus der Bedeutung der Worten, oder aus anderen Umständen und Anzeigen die wahrscheinliche Wilensmeinung der Contrahenten ergründet werden möge.

§ 173

In Auslegung der Worten ist zu beobachten, daß, wann aus der Handlung eine andere Gesinnung der Contrahenten nicht ausdrücklich erhellet, selbe allemal in der wahren und eigentlichen Bedeutung, welche ihnen insgeheim in Handel und Wandel beigelegt zu werden pflegt, zu nehmen und zu verstehen sind.

§ 174

Wären es aber besondere in gemeinen Handel und Wandel nicht gebräuchliche Zunftworte, und beide contrahierende Theile der nemlichen Zunft kündig, so sind solche bei vorfallenden Zweifel nach Bestimmungen und Aussage anderer, wenigstens zweier unparteilicher und glaubwürdiger Zunftverständigen auszudeuten. Wohingegen wann der eine oder andere Contrahent in dieser Zunft nicht erfahren ist, in solch einem Fall solle getrachtet werden den eigentlichen Sinn und Verstand aus dem Inhalt des Vertrages, oder aus anderen Umständen zu erforschen.

§ 175

Würden aber die Worte also zweifelhaft sein, daß der eigentliche Sinn deren Contrahenten daraus nicht zu entnehmen wäre, so sind andere Anzeigen, woraus solcher wahrscheinlich geschlossen werden kann, zu Hilfe zu nehmen. Derlei Anzeigen sind die Natur und Eigenschaft des Geschäfts, dessen Folge und Wirkung, und endlichen sie damit verknüpfte vor-, bei- oder nachgehende Umstände.

§ 176

Ueberhaupt ist die Natur und Eigenschaft einer Handlung, welche ihr von dem Gesetz zugeeignet wird, in Auslegung der Verträgen die sicherste Richtschnur, wann die Worte nichts Anderes ausdrücken.

§ 177

Kann aber der Zweifel auch daraus nicht behoben werden, und die Lage der Worten wäre von solcher Beschaffenheit, daß, wann selbe in der gemeinsten Bedeutung angenommen werden sollten, sie entweder gar keine, oder eine wider die Ehrbarkeit und Wohlstandigkeit streitende Wirkung und Folge haben würden, so ist von der gemeinen Bedeutung abzuweichen, und die Handlung in einem solchen Verstand zu nehmen, nach welchen sie die abgezielte Wirkung haben könne.

§ 178

Nicht weniger können die vor-, bei- oder nachgehenden Umstände, als der Landesbrauch, und rechtmäßig hergebrachte Gewohnheiten, die Gestalt und Beschaffenheit der Sachen, der Stand und Eigenschaft der Contrahenten, und andere mehrere derlei mit der Handlung verknüpfte Nebendinge zu Entwicklung der Dunkelheit des Vertrages an dienen, wann daraus nach vernünftigen und billigen Ermessen des Richters die wahrscheinliche Gesinnung der Contrahenten abgenommen werden mag.

Worten wider jenen Theil gemachet werde, in dessen Macht es gestanden, sich verständlicher und deutlicher auszudrucken.⁸⁹³

Im Rahmen des § 179 des Codex Theresianus wird davon gesprochen, dass „*die Ausdeutung der Worten wider jenen Theil gemachet werde, in dessen Macht es gestanden, sich verständlicher und deutlicher auszudrucken*“.⁸⁹⁴ Dem Wortlaut nach geht es damit nicht mehr per se um Auslegung, sondern eher um die „Ausdeutung“. Unter den Begriff der „Ausdeutung“ kann jedoch synonym auch die Auslegung oder Interpretation verstanden werden.⁸⁹⁵ Damit bestimmt die Norm § 179 des Codex Theresianus, dass die Ausdeutung der Worte gegen denjenigen zu erfolgen hat, der für die Ungewissheit und Unklarheit verantwortlich ist, denn dieser hätte den Vertrag verständlicher und deutlicher abfassen können.

Der Codex Theresianus wurde 1766 fertiggestellt.⁸⁹⁶ Zu diesem Zeitpunkt umfasste der Codex 8.367 Bestimmungen.⁸⁹⁷ Er war geprägt von einer weitschweifenden Kasuistik und komplizierten Verweisungen.⁸⁹⁸ Vor diesem Hintergrund erklärte der Staatsrat, dass dieses voluminöse Werk zwar als Materialsammlung oder auch als Lehrbuch genutzt werden könne, jedoch hieraus kein entsprechendes Gesetzbuch werden könne.⁸⁹⁹ Kaiserin *Maria Theresia* schloss sich diesem Urteil an, indem es zu keiner kaiserlichen Billigung bzw. Sanktion des Entwurfes kam.⁹⁰⁰

(b) Entwurf Horten und Josephinisches Gesetzbuch

Statt den Codex Theresianus in Kraft zu setzen, wurde im Herbst 1770 durch *Maria Theresia* bestimmt, dass dieser umgearbeitet und gekürzt werden sollte. Federführend war in diesem Rahmen ein Beamter des Staatsrates, *Johann Bern-*

⁸⁹³ *Harrasowky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Codex III, S. 46.

⁸⁹⁴ Siehe hierzu <https://www.duden.de/rechtschreibung/Ausdeutung> (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

⁸⁹⁵ *von Zeiller*, Commentar über das allg. bürgerl. Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Teil I, S. 7.

⁸⁹⁶ *Neschwara*, Die ältesten Quellen zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABGB, S. 42.

⁸⁹⁷ *Harrasowky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Codex IV, Einleitung; *Neschwara*, Die ältesten Quellen zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABGB, S. 42; *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte, S. 116.

⁸⁹⁸ *Harrasowky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Codex I, Einleitung; *Neschwara*, Die ältesten Quellen zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABG, S. 42; *Meder*, Rechtsgeschichte, S. 292; *Brauneder*, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), S. 36.

⁸⁹⁹ *Neschwara*, Die ältesten Quellen zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABGB, S. 41ff.; *Hähnchen*, Rechtsgeschichte, S. 246; *von Zeiller*, Commentar über das allg. bürgerl. Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Teil I, S. 8; *Meder*, Rechtsgeschichte, S. 292.

hard Horten.⁹⁰⁰ 1772 wurde der Kompilation-Kommission⁹⁰¹ der Auftrag erteilt, die von *Horten* verfasste Umarbeitung des Codes Theresianus einer neuen Beratung unter Mitwirkung *Hortens* zu unterziehen.⁹⁰² *Horten* fungierte fortan als Referent in der Gesetzgebungskommission.⁹⁰³

Der Entwurf *Horten* sieht im ersten Kapitel des dritten Teils „Von Verträgen und den daraus entstehenden Verbindungen“ eine Auslegungsregel für unklare bzw. undeutliche Verträge vor.

§ 88

Ueberhaupt ist bei Verträgen vornehmlich auf Treu und Glauben, und mehr auf die Billigkeit als auf die trockenen Worte zu sehen, auch die Ausdeutung allezeit eher dahin zu machen, daß der Vertrag aufrecht erhalten werde, als daß er zerfalle; wenn endlich die Klarheit und Gewißheit auf keinerlei Art hergestellt werden kann, als dann sind die Worte wider Denjenigen auszudeuten, in dessen Macht es gestanden, sich verständlicher auszudrücken.⁹⁰⁴

Die Norm des § 88 des Entwurfes *Horten* erklärt im zweiten Halbsatz, dass bei unklaren Verträgen eine Ausdeutung gegen denjenigen zu erfolgen hat, der sich hätte klarer ausdrücken können. Damit erfuhr die Norm des § 179 des Codex Theresianus keine wesentliche Umarbeitung im Rahmen des Entwurfes *Horten*. Im Rahmen der Auslegung von Verträgen war nach wie vor eine Unklarheitsregel vorgesehen.

Im Jahre 1774 brachen die Arbeiten zum Entwurf ab, da zu diesem Zeitpunkt der Fertigstellung einer einheitlichen Gerichtsordnung Vorrang eingeräumt wurde.⁹⁰⁵ Nach der Meinung *Hortens* waren die Umarbeitungen des Codex Theresianus hier bereits fertiggestellt;⁹⁰⁶ es konnten der erste Teil, vom zweiten Teil

⁹⁰⁰ Johann Bernhard *Horten* (1735–1786) wurde im Rahmen der Intervention des Staatskanzlers zum Referenten für die Überarbeitung des Codex Theresianus bestellt. *Neschwara*, Die ältesten Quellen zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABGB, S. 42; *Brauneder*, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), S. 36 f.; *Harrasowsky*, Geschichte der Codifikation des österreichischen Civilrechtes, S. 125 ff.

⁹⁰¹ Dieser Begriff wird von *Harrasowsky* in *Harrasowsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen*, verwendet.

⁹⁰² *Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, I. Band, Entwurf *Hortens*, Einleitung S. 1 ff.

⁹⁰³ *Brauneder*, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), S. 36 f.; *Harrasowsky*, Geschichte der Codifikation des österreichischen Civilrechtes, S. 125 ff.

⁹⁰⁴ *Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, I. Band, Entwurf *Horten*, S. 327.

⁹⁰⁵ *Brauneder*, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), S. 36 f.; *Harrasowsky*, Geschichte der Codifikation des österreichischen Civilrechtes, S. 125 ff.

⁹⁰⁶ *Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Band IV, S. 3 Fn. 4; *Brauneder*, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), S. 36 f.; *Neschwara*, Die ältesten Quellen zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABGB, S. 42.

die Kapitel über Sachen, das Eigentum und das Erbrecht beraten werden.⁹⁰⁷ Erst nach dem Tod von *Maria Theresia* Ende 1780 wurde unter Kaiser *Joseph II.*⁹⁰⁸ schrittweise mit der Inkraftsetzung begonnen.⁹⁰⁹ Im Jahre 1786 trat zunächst unter dem Erbfolgepatent das gesetzliche Erbrecht in Kraft.⁹¹⁰ Mit dem Jahr 1787 traten sodann das Personen-, Familien- und Ehegüterrecht als sogenanntes Josephinisches Gesetzbuch in Kraft.⁹¹¹ Die einzelnen Regelungen wurden mit den folgenden Überschriften versehen: „Von den Gesetzen“, „Von den Rechten der Unterthanen überhaupt“, „Von den Rechten zwischen Eheleuten“, „Von den Rechten zwischen Aeltern und Kindern“ und „Von den Rechten der Waisen, und anderer, die ihre Geschäfte nicht selbst besorgen können“.⁹¹²

Im Regelungsabschnitt „Von den Gesetzen“ finden sich Vorschriften zur Auslegung von Gesetzen.⁹¹³ Eine Verweisung, die vorsieht, dass diese Vorschriften

⁹⁰⁷ *Harrasowky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Band IV, S. 3 Fn. 4.

⁹⁰⁸ *Joseph II.* (1741–1790) war der Sohn von Kaiser *Joseph I.* und *Maria Theresia*. Er wurde nach dem Tod seiner Mutter alleiniger Landesherr der österreichischen Erblände. Er strebte einen zentralistischen Gesamtstaat an. *Köbler*, Zielwörterbuch europäischer Rechtsgeschichte, S. 383 f.

⁹⁰⁹ *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte, S. 116.

⁹¹⁰ *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte, S. 116.

⁹¹¹ *Hähnchen*, Rechtsgeschichte, S. 246; *Meder*, Rechtsgeschichte, S. 292; *Neschwara*, Die ältesten Quellen zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABGB, S. 46.

⁹¹² Abrufbar unter <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/JosephinischesGesetzbuch1787.pdf> (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

⁹¹³ §. 24.

Diese erlassenen Gesetze sind stets nach dem eigenen, und allgemeinen Verstande der Worte zu nehmen. Niemand ist berechtigt, sich einer rechtskräftigen Auslegung anzumessen, noch unter dem Vorwande eines Unterschieds zwischen den Worten und dem Sinne der Gesetze solche zu erweitern, oder einzuschränken. Auch soll kein Richter unter Vorschützung einer von der Strenge der Rechte unterschiedenen Billigkeit von der klaren Vorschrift der Gesetze abgehen. In denjenigen Fällen aber, wo der Richter durch die Gesetze selbst angewiesen wird, auf Person, Zeit, Ort und andere Umstände zu sehen, liegt ihm ob, alle diese bei der Handlung unterlaufende Umstände nach der natürlichen Billigkeit zu beurtheilen.

§. 25.

Auch sonst Jedermann, besonders Parteien bei Rechtsstreitigkeiten, und ihre Rechtsfreunde haben sich aller gekünstelten

Auslegung der Gesetze, aller Ausdeutung, Erweiterung, oder Beschränkung derselben durch Gewohnheiten zu enthalten. Nicht nur daß auf Wendungen dieser Art keine Rücksicht zu nehmen ist: sondern wenn gefliesentliche Wortverdrehung, oder Arglist wahrgenommen würde, oder wenn wider die klare Vorschrift der Gesetze eine widrige Gewohnheit angeführt würde, soll gegen den Aufführenden nach richterlichem Ermessen noch mit scharfer Strafe vorgegangen werden.

§. 26.

Wenn dem Richter ein Zweifel vorfiel: ob ein vorkommender Fall in dem Gesetze begriffen sei, oder nicht wenn ihm das Gesetz dunkel schiene, oder falls besondere, und sehr erhebliche Bedenken der Beobachtung desselben entgegen stünden, soll die Bele-

auch auf Verträge anwendbar wären, ist nicht ersichtlich. Eine der Unklarheitenregel vergleichbare Norm findet sich im Josephinischen Gesetzbuch nicht. Dies ist insoweit aber dem vorstehenden Umstand geschuldet, dass nur einzelne Teile vom Entwurf Horten als Josephinisches Gesetzbuch in Kraft getreten sind.

(c) Entwurf Martini und Westgalizisches Gesetzbuch

In der Zeit von 1790 bis 1796 entstand unter *Carl Anton von Martini*⁹¹⁴ und unter *Franz von Zeiller*⁹¹⁵ der Entwurf Martini. Nach dem Tode von Kaiser *Joseph II.* wurde 1790 unter *Leopold II.*⁹¹⁶ eine neue Kommission eingesetzt, welche die Kodifikationsarbeiten zum ABGB weiterverfolgte.⁹¹⁷ Diese stellte 1796 den „Entwurf Martini“ fertig. In diesem finden sich im ersten Hauptstück des dritten Teils „Von Verträgen überhaupt“ Auslegungsregeln zu Verträgen. Unter

rung allzeit von dem Landesfürsten gesuchet werden. Aber wenn ein Fall zwar nicht wörtlich in dem Geseze ausgedrückt, jedoch in den Umständen, und der ganzen Beschaffenheit der Sache mit einem andern ausdrücklich entschiedenen Falle vollkommen gleich wäre, so ist zwar dem Richter, den unentschiedenen Fall nach dem entschiedenen zu beurtheilen gestattet; doch soll ein solcher Fall jedesmal dem Landesfürsten angezeigt werden.

§. 27.

Die von dem Landesfürsten ertheilten besonderen Begünstigungen sind ebenfalls nach den buchstäblichen Innhalt zu nehmen, und wenn sich über eigentlichen Sinn erhebliche Anstände äußerten, ist der Fall dem Landesfürsten zur Entscheidung vorzulegen. Ausser solchen erheblichen Anständen ist in Ansehen der Begünstigungen überhaupt die Richtschnur: jede Befreiung ist auf das genaueste auszudeuten, folglich im Zweifel eine zur Beschwerde eines andern gereichende Befreiung mehr für persönlich und zeitlich als immerwährend zu achten. Und wo es auf eine Enthebung von den Gesetzen, oder auf den Abbruch des von einem Dritten bereits erworbenen Rechts ankommt, da soll darauf gesehen werden, daß von den Gesetzen so wenig, als es mit der Wirkung der Befreiung geschehen kann, abgegangen, und dem Dritten, so wenig als möglich geschadet werde. Siehe hierzu <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/JosephinischesGesetzbuch1787.pdf> (zuletzt geprüft am 24.08.2022).

⁹¹⁴ *Carl Anton von Martini* (1726–1800) wurde nach seinem Rechtsstudium in Innsbruck und Wien 1753 Professor in Wien für Naturrecht, Institutionen und römische Rechtsgeschichte. Er gilt als erster ordentlicher Professor für Naturrecht in Wien und las daneben römisches Recht. Er war der persönliche Lehrer des späteren Kaisers *Leopold II.* *Köbler*, Zielwörterbuch europäischer Rechtsgeschichte, S. 517; *Hähnchen*, Rechtsgeschichte, S. 246.

⁹¹⁵ *Franz von Zeiller* (1751–1728) studierte Philosophie und Recht. Er wurde 1782 ordentlicher Professor in Wien und 1797 Beisitzer der Hofkommission in Justizgesetzsachen. Er zählt zu den wichtigsten Redakteuren des Entwurfes Martini und war Martini's Schüler. *Köbler*, Zielwörterbuch europäischer Rechtsgeschichte, S. 941.

⁹¹⁶ *Leopold II.* (1747–1792) war Erzherzog von Österreich und Sohn von *Maria Theresa*. 1790 wurde er zum Kaiser gekrönt.

⁹¹⁷ *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte, S. 116; *Neschwara*, Karl Anton Martini und sein Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch, abrufbar unter <https://docplayer.org/156339211-Karl-anton-martini-und-sein-entwurf-zum-buergerlichen-gesetzbuch.html> (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

diesen erscheint insbesondere folgende Auslegungsregel für die Untersuchung von Bedeutung.⁹¹⁸

§ 46.

Kommt es auf Verträge an, die nur auf einer Seite verbinden, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der verpflichtete Theil seine Freiheit am wenigsten habe einschränken, folglich sich eher eine geringere als eine schwerere Last aufzubürden wollen. Sind es aber zweiseitig verbindliche Verträge, so muß die undeutliche Äußerung gegen den erklärt werden, der solche gebraucht, und da er sich deutlicher hätte ausdrücken sollen, es doch unterlassen hat.⁹¹⁹

Die Norm unterscheidet zwischen einseitig und zweiseitig verbindlichen Verträgen. Soweit es sich um einen einseitig verbindlichen Vertrag handelt, ist im Zweifel davon auszugehen, dass sich der einseitig Verpflichtende die geringere Last auferlegen wollte. In Bezug auf zweiseitig verbindliche Verträge wird die undeutliche Äußerung zugunsten desjenigen ausgelegt, der für diese verantwortlich ist. Dass es zu einer solchen Auslegung kommt, setzt voraus, dass entweder sich einer undeutlichen Ausdrucksweise bedient wurde oder eine klarere Ausdrucksweise möglich gewesen wäre, diese jedoch unterlassen wurde.

Mit der Eroberung Westgaliziens im Jahre 1795 wurde der Entwurf Martini erneut überarbeitet und kurz darauf als „Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien“ bzw. als das Galizische Bürgerliche Gesetzbuch (GBGB) sanktioniert und trat am 1. Januar 1798 in ganz Galizien und im Buchenland⁹²⁰ in Kraft.⁹²¹ Die Unklarheitenregel des Entwurfs Martini wurde in diesem Zusammenhang leicht abgeändert. Im ersten Hauptstück des dritten Teils „Von Verträgen überhaupt“ findet sich die folgende Regelung:

§ 46

Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere, als die schwerere Last auflegen wollte. Bei zweiseitig verbindlichen wird eine dunkle Äußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat. Es ist seine Schuld, daß er sich nicht deutlicher ausgedrückt hat.⁹²²

⁹¹⁸ <https://www.koeblergerhard.de/Fontes/EntwurfMartini.htm> (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

⁹¹⁹ *Harrasowky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Codex V, S. 164.

⁹²⁰ Historische Landschaft nordöstlich der Karpaten im Grenzraum zwischen Mittel-, Südost- und Osteuropa. Das zu Deutsch als „Buchenland“ bezeichnete Bukowina war wie das östlich davon liegende Bessarabien jahrhundertlang ein Teil des historischen Fürstentums Moldau, von 1775 bis 1918 gehörte das Gebiet mit seiner multiethnischen Bevölkerung zur Habsburgermonarchie.

⁹²¹ *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte, S. 116.

⁹²² Abrufbar unter <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/WestgalizischesGesetzbuch1797.htm> (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

Wie auch im Rahmen des Entwurfes Martini wird zwischen einseitig und zweiseitig verpflichtenden Verträgen unterschieden. Bei einseitig verpflichtenden Verträgen wird im GBGB davon ausgegangen, dass die geringere Last versprochen werden sollte. Bei zweiseitig verbindlichen Verträgen wird eine „dunkle“ Äußerung zum Nachteil desjenigen ausgelegt, der sich einer solchen bedient hat. Auffällig ist sodann, dass im letzten Satz des § 46 GBGB von „Schuld“ gesprochen wird. Damit haftet der Norm ein Sanktionscharakter an. Derjenige, der eine dunkle Äußerung in den Vertrag eingebracht hat, wird mit einer Auslegung zu seinen Lasten „bestraft“. Das GBGB geht davon aus, dass die unklare bzw. undeutliche Äußerung die „Schuld“ des Formulierenden sei, weil dieser es unterlassen hat, sich deutlicher auszudrücken.

Das Galizische Bürgerliche Gesetzbuch (GBGB) von 1796/1797 entspricht dem ersten „Entwurf eines Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches“ und wird insoweit auch als Ur-Entwurf des ABGB bezeichnet.⁹²³

(d) Das ABGB von 1811

Nachdem das GBGB in Kraft getreten war, begann die letzte Phase einer österreichischen Kodifikation.⁹²⁴ Das Ziel bestand weiterhin darin, ein für alle Erblande geltendes Gesetzbuch zu schaffen.⁹²⁵ Zu diesem Zweck wurde eine Gesetzgebungs-Hofkommission bestellt, welche 1801 mit der sogenannten „1. Lesung“ ihre Arbeiten begann und im Jahre 1806 abschloss.⁹²⁶ An die „1. Lesung“ schloss sich sodann 1807 ein eigens zur Überprüfung der bisherigen Arbeiten zusammengesetzter Kommissionsausschuss an (Revision des Bürgerlichen Gesetzbuches).⁹²⁷ Wegen Änderungswünschen von Franz II. erfolgte vom 1809 bis Januar 1810 eine Superrevision.⁹²⁸ Am 24. Juni 1811 erlangte der ABGB-Entwurf die kaiserliche Sanktion und trat am 1. Januar 1812 in Kraft.⁹²⁹

⁹²³ Brauneder, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), S. 45f.; Brauneder, Europäische Privatrechtsgeschichte, S. 116.

⁹²⁴ Meder, Rechtsgeschichte, S. 292.

⁹²⁵ Vgl. Brauneder, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), S. 45f.

⁹²⁶ Ofner, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuches, Band 1, S. 1ff.; Harrasowsky, Geschichte der Codifikation des österreichischen Civilrechtes, S. 164 f.

⁹²⁷ Ofner, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuches, Band 2, S. 327 ff.

⁹²⁸ Brauneder, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), S. 46; Ofner, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuches, Band 2, S. 491 ff.; Harrasowsky, Codification des österreichischen Civilrechtes, S. 165 f.

⁹²⁹ Brauneder, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), S. 46.

Im Entwurf eines Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (Ur-Entwurf) ist im ersten Hauptstück des dritten Teils „Von Verträgen überhaupt“ folgende Auslegungsregel festgeschrieben:

§ 46

Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtende eher die geringere, als die schwere Last auferlegen wollte. Bei zweiseitig verbindlichen wird eine dunkle Äusserung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat. Es ist seine Schuld, daß er sich nicht deutlicher ausgedrückt hat.⁹³⁰

Wie bereits angesprochen bildete das GBGB den Ur-Entwurf zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. Der Entwurf eines Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches und das GBGB sind mit fast identischem Wortlaut erschienen, sodass § 46 GBGB mit § 46 des Entwurfes eines Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches übereinstimmt.⁹³¹

§ 46 des Entwurfes eines Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches wurde sodann am 11. Februar 1805 unter dem Präsidenten *Rottenhan*⁹³² beraten. In den Beratungsprotokollen wurde in Bezug auf die Norm des § 46 des Entwurfes entschieden, dass „anstatt des Wortes ‚dunkelQu, in der 5. Zeile lieber: *undeutliche*, zu setzen, übrigens aber der Text beibehalten“ werden sollte.⁹³³

Im 1. Entwurf war sodann die Norm unter dem § 43 zu finden.⁹³⁴ Im Revisions-Entwurf (und Superrevisions-Entwurf) wurde die Norm in der zweiten Abteilung des zweiten Teils „Von den persönlichen Sachenrechten“ im ersten Hauptstück „Von Verträgen überhaupt“ eingefügt.⁹³⁵ Unter dem Titel „Auslegungsregeln bei Verträgen“ wurde die Norm im revidierten (und superrevidierten) Entwurf unter § 910 des Entwurfes aufgenommen.

§ 910 (§ 46)

Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtende eher die geringere, als die schwere Last auferlegen wollte. Bei zwei-

⁹³⁰ *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuches, Band 1, XCIV.

⁹³¹ *Brauneder*, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), S. 45.

⁹³² Heinrich Franz von Rottenhan (1738–1809) war ein Verwaltungsjurist, Präsident der Obersten Justizstelle und Hofkommissar für die Gesetzgebung in Böhmen und Österreich, https://austria-forum.org/af/AustriaWiki/Heinrich_Franz_von_Rottenhan (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

⁹³³ *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuches, Band 2, S. 23.

⁹³⁴ *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuches, Band 2, Register, S. 853.

⁹³⁵ *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuches, Band 2, Inhalt des Revisions-Entwurfes, S. 822 f.

seitig verbindlichen wird eine undeutliche Aeußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat.⁹³⁶

Unglücklicherweise finden sich in den Beratungsprotokollen keine weiteren Ausführungen hinsichtlich der Norm des § 910 (§ 46). Insbesondere ergibt sich nicht, wie und wann der dritte Satz „*Es ist seine Schuld, daß er sich nicht deutlicher ausgedrückt hat*“ gestrichen worden ist.⁹³⁷

Mit dem Inkrafttreten des ABGB am 1. Januar 1812 wurde die vorstehende Unklarheitenregel in § 915 ABGB aufgenommen.

§ 915

Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerer Last auflegen wollte; bei zweiseitigen verbindlichen wird eine undeutliche Aeußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat (§ 869).⁹³⁸

Damit hatte das ABGB die allgemeine Auslegungsregel statuiert, dass bei zweiseitigen Verträgen die Auslegung undeutlicher Äußerungen zum Nachteil des Erklärenden geht.

(3) Zusammenfassung

Neben dem römischen Recht beeinflusste vor allem das Naturrecht die Entwicklung des heutigen ABGB. Wird die von *Maria Theresia* 1753 eingesetzte Gesetzgebungskommission als Beginn der Kodifikationsarbeiten angesehen, dauerten die Kodifikationsarbeiten bis zum Inkrafttreten des ABGB 59 Jahre.⁹³⁹ Die Unklarheitenregel fand hierbei stets Aufnahme in den einzelnen Entwürfen bzw. Kodifikationen. Allerdings unterscheiden sich die einzelnen Regelungen hinsichtlich ihrer Formulierungen.

Bspw. wird im Codex Theresianus und im Entwurf Horten davon gesprochen, dass eine Ausdeutung der Worte gegen denjenigen zu erfolgen hat, in dessen Macht es gestanden hat, sich verständlicher auszudrücken.⁹⁴⁰ Die Auslegung

⁹³⁶ *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuches, Band 2, S. 760.

⁹³⁷ Siehe hierzu *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuches, Band 2, S. 23; Register S. 853, S. 884.

⁹³⁸ JGS Nr. 946/1811; <https://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=jgs&datum=1012&size=51&page=583> (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

⁹³⁹ So *Brauneder*, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), S. 48.

⁹⁴⁰ § 179 Codex Theresianus: „Dann Treue und Glauben erheischet, daß ein ernstlich und bedächtlich geschlossener Vertrag nach Thunlichkeit bei Kräften erhalten, und bei bemüßiger Auslegung der Verträgen allemal die Billigkeit vor Augen genommen, erst aber damals, wann sonst auf keinerlei Art die Klarheit und Gewissheit zu erreichen ist, die Ausdeutung der Worten wider jenen Theil gemachet werde, in dessen Macht es gestanden, sich verständlicher und deutlicher auszudrucken.“ *Harrasowky*, Der Codex

bzw. Ausdeutung wurde folglich davon abhängig gemacht, in wessen Macht es gestanden hat, sich verständlich auszudrücken.

Im Entwurf Martini hieß es sodann, dass *die undeutliche Aeußerung gegen den erklärt werden [muss], der solche gebraucht, und da er sich deutlicher hätte ausdrücken sollen, es doch unterlassen hat*. Es war entscheidend, wer der Benutzer der undeutlichen Äußerung war und es sodann unterlassen hat, sich verständlicher auszudrücken. Dem Wortlaut nach war nicht mehr erforderlich, in wessen „Macht“ es stand, sich verständlicher auszudrücken. Ähnlich handhabte es auch das GBGB, indem „*eine dunkle Aeusserung zum Nachtheile desjenigen erklärt [wurde], der sich derselben bedient hat*“.⁹⁴¹ Die Norm erklärt zudem, dass „*es [...] seine Schuld [sei], daß er sich nicht deutlicher ausgedrückt hat*“.

Beide Normen haben gemeinsam, dass sie festlegen, wieso die Auslegung gegen den Verwender von unklaren Äußerungen zu erfolgen hat. Der Entwurf Martini erklärt, dass das Gebrauchen von undeutlichen Äußerungen und sodann das Unterlassen einer klareren, verständlicheren Äußerung eine nachteilige Auslegung zu rechtfertigen vermag. Das GBGB spricht schlicht davon, dass die dunkle Äußerung die Schuld des Formulierenden sei und dieser deshalb eine Auslegung zu seinen Lasten zu erwarten hat.

Die unterschiedlichen Unklarheitenregeln der Entwürfe bzw. Kodifikationen versuchen insoweit eine undeutliche Ausdrucksweise mittels einer nachteiligen Auslegung zu sanktionieren. Dabei finden sie stets auf jeden zweiseitig verpflichtenden Vertragstypus Anwendung.⁹⁴² Es handelt sich insoweit immer um eine allgemeine Unklarheitenregel. Etwaige Zweifel in Bezug auf die Unklarheitenregel ergeben sich weder aus den einzelnen Entwürfen bzw. Zwischenkodifikationen noch aus den Beratungsprotokollen zum ABGB selbst.

bb) Anwendungsbereich

Es kann vorweggenommen werden, dass sich der Anwendungsbereich von § 915 ABGB nicht nur auf einseitig und zweiseitig verbindliche Verträge erstreckt, sondern darüber hinaus auch auf einseitige Erklärungen bezieht. Von In-

Theresianus und seine Umarbeitungen, I. Band, Entwurf Horten, S. 327; oder § 88 Entwurf Horten: „Ueberhaupt ist bei Verträgen vornehmlich auf Treu und Glauben, und mehr auf die Billigkeit als auf die trockenen Worte zu sehen, auch die Ausdeutung allezeit eher dahin zu machen, daß der Vertrag aufrecht erhalten werde, als daß er zerfalle; wenn endlich die Klarheit und Gewißheit auf keinerlei Art hergestellt werden kann, alsdann sind die Worte wider Denjenigen auszudeuten, in dessen Macht es gestanden, sich verständlicher auszudrücken.“ *Harrasowky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Codex III, S. 46.*

⁹⁴¹ Abrufbar unter <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/WestgalizischesGesetzbuch1797.htm> (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

⁹⁴² Siehe hierzu die im Vorfeld besprochene systematische Stellung der Unklarheitenregel in den einzelnen Entwürfen bzw. Gesetzbüchern.

teresse ist zudem, wie die Norm im Rahmen von (automatisierten) Willenserklärungen und auch AGB angewendet wird.

(1) Einseitig verbindliche Verträge

Nach § 915 1. Fall ABGB wird bei einseitig verbindlichen Verträgen im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtende eher die geringere als die schwere Last auferlegen wollte. Statt von einseitig verbindlichen Verträgen zu sprechen, sollte jedoch von unentgeltlichen Zuwendungen bzw. unentgeltlichen Rechtsgeschäften die Rede sein.⁹⁴³ Damit umfasst die Norm Schenkungen, Leihverhältnisse, unentgeltliche Verwahrungen, Aufträge oder Darlehen. Erforderlich ist stets das Kriterium der Unentgeltlichkeit.⁹⁴⁴ Bürgschaften und Garantieübernahmen sind indessen regelmäßig entgeltlich, da sie einen Teil der Gegenleistung für die Kreditgewährung bilden. Mithin werden diese nicht vom Tatbestand des § 915 1. Fall ABGB erfasst.⁹⁴⁵

Die Zweifelsregel des § 915 1. Fall ABGB erfordert, dass im Rahmen der Auslegung kein klares Auslegungsergebnis erzielt wurde, weshalb mindestens zwei rechtlich vertretbare Auslegungsvarianten bestehen müssen.⁹⁴⁶ Ist es z. B. zweifelhaft, welcher Verpflichtungsumfang oder Vertragstyp vereinbart wurde, ist nach § 915 1. Fall ABGB pauschal davon auszugehen, dass sich der Verpflichtende die geringere Last auferlegen wollte.⁹⁴⁷ Begründet wird dies damit, dass im Rahmen von § 915 1. Fall ABGB der sich Verpflichtende etwas ohne jede Gegenleistung erhält und deshalb in einem gewissen Grad bevorzugt werden muss.⁹⁴⁸

(2) Zweiseitig verbindliche Verträge

Wie im Vorstehenden auch sollte sich im Rahmen von § 915 2. Fall ABGB nicht am Gesetzeswortlaut aufgehalten werden, sondern es sollte von entgeltlichen Verträgen gesprochen werden.⁹⁴⁹ Die Norm ist folglich auf alle entgeltlichen Rechtsgeschäfte eines jeden Rechtsgebietes anwendbar.⁹⁵⁰ Voraussetzung ist, dass das entgeltliche Rechtsgeschäft eine undeutliche Äußerung enthält, wes-

⁹⁴³ 1 Ob 406/97f; Rummel/Rummel, ABGB, § 915 Rn. 2; Schwimann/Neumayr/Kollmasch, ABGB, § 915 Rn. 2.

⁹⁴⁴ Siehe bspw. 2 Ob 2394/96i.

⁹⁴⁵ So Bollenberger, KBB, § 915 Rn. 2; Bydlinski, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 45.

⁹⁴⁶ Vgl. 1 Ob 160/02i; 8 ObA 64/02y; 3 Ob 248/06a.

⁹⁴⁷ Schwimann/Neumayr/Kollmasch, ABGB, § 915 Rn. 2.

⁹⁴⁸ Bydlinski, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 45.

⁹⁴⁹ Rummel/Rummel, ABGB, § 915 Rn. 4; Schwimann/Neumayr/Kollmasch, ABGB, § 915 Rn. 3; Bollenberger, KBB, § 915 Rn. 3.

⁹⁵⁰ Rummel/Rummel, ABGB, § 915 Rn. 4.

halb mindestens zwei rechtlich mögliche Auslegungsvarianten hinsichtlich dieser Äußerung bestehen müssen.⁹⁵¹

§ 915 2. Fall ABGB bestimmt sodann, dass die undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt wird, der sich dieser bedient hat. Es wird also gefragt, welche Vertragspartei für die Unklarheit verantwortlich war.⁹⁵² Hierfür ist entscheidend, welche konkrete Vertragspartei die Erklärung in den Vertrag eingeführt hat bzw. diese formuliert hat, und nicht, wer die undeutliche Erklärung unterschrieben hat.⁹⁵³ Soweit die Formulierung von beiden Vertragsparteien gleichermaßen herröhrt, findet § 915 2. Fall ABGB keine Anwendung.⁹⁵⁴

(3) Einseitige Erklärungen

Die §§ 914 und 915 ABGB regeln primär die Auslegung von Verträgen.⁹⁵⁵ Darüber hinaus können jedoch auch alle Willenserklärungen auslegungsbedürftig sein. Wird insofern von einseitigen Erklärungen bzw. einseitigen Rechtsgeschäften gesprochen, so sind auch Willenserklärungen im Allgemeinen umfasst.⁹⁵⁶ In Bezug auf § 915 ABGB besteht Einigkeit dahingehend, dass diese Regeln auch im Rahmen von einseitigen Erklärungen und damit auch im Rahmen von Willenserklärungen Anwendung finden.⁹⁵⁷ Entscheidend ist, dass die einseitigen Erklärungen ausschließlich den eigenen Rechtsbereich berühren oder eine Ausnahme zum Eingriff in eine fremde Rechtssphäre besteht.⁹⁵⁸ Keine Anwendung findet § 915 1. Fall ABGB indessen auf letztwillige einseitige Erklärungen bzw. Rechtsgeschäfte (letztwillige Verfügungen).⁹⁵⁹

(4) AGB

Eine große praktische Bedeutung genießt die Norm des § 915 2. Fall ABGB im Rahmen der Auslegung von AGB.⁹⁶⁰ Grundsätzlich sind AGB⁹⁶¹ primär nach

⁹⁵¹ Rummel/Rummel, ABGB, § 915 Rn. 4; Schwimann/Neumayr/Kollmasch, ABGB, § 915 Rn. 3; Bollenberger, § 915 Rn. 3.

⁹⁵² Bydlinski, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 45.

⁹⁵³ Siehe bspw. 7 Ob 95/12i; 6 Ob 67/99t.

⁹⁵⁴ Rummel/Rummel, ABGB, § 915 Rn. 4; Schwimann/Neumayr/Kollmasch, ABGB, § 915 Rn. 3.

⁹⁵⁵ Zum Folgenden siehe Bydlinski, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 40.

⁹⁵⁶ Siehe zur Auslegung von Willenserklärungen bspw. Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht, Teil I, S. 117 Rn. 346; Rummel, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, S. 16 ff., S. 78 ff.

⁹⁵⁷ Siehe bspw. 8 ObA 57/04x; 9 ObA 38/02g; 1 Ob 406/97f; 4 Ob 159/01p.

⁹⁵⁸ Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht, Teil I, S. 125 Rn. 363.

⁹⁵⁹ Die Auslegung von letztwilligen Verfügungen orientiert sich am subjektiven Willen des Erblassers. Rummel/Rummel, ABGB, § 915 Rn. 1; Bollenberger, KBB, § 914 Rn. 1.

⁹⁶⁰ Bydlinski, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 46; Bollenberger, § 915 Rn. 4; Rummel/Rummel, ABGB, § 914 Rn. 4; Schwimann/Neumayr/Kollmasch, ABGB, § 914 Rn. 4.

der objektiven Bedeutung des Wortlautes für einen durchschnittlichen Angehörigen ihres Adressatenkreises auszulegen, § 914 ABGB.⁹⁶² Verbleiben hiernach jedoch Auslegungszweifel, so gehen diese grundsätzlich gemäß § 915 2. Fall ABGB zulasten des Verwenders von AGB.⁹⁶³ Im Wege der Umsetzung von Art. 5 der EG-Richtlinie 93/13/EWG im österreichischen Recht wurde allerdings in das Konsumentenschutzgesetz (KSchG) der § 6 Abs. 3 KSchG eingefügt.⁹⁶⁴

§ 6 Abs. 3 KSchG

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung ist unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist.

Die EG-Richtlinie 93/13/EWG wurde – obwohl das österreichische Privatrecht zu diesem Zeitpunkt als richtlinienkonform⁹⁶⁵ angesehen werden konnte – umgesetzt, „um allfällige Zweifel an der Richtlinienkonformität des österreichischen Privatrechts zu zerstreuen“.⁹⁶⁶ Der österreichische Gesetzgeber erklärte damit unklare oder unverständliche AGB für vollkommen unwirksam, sodass § 6 Abs. 3 KSchG empfindlich von § 915 2. Fall ABGB abweicht.⁹⁶⁷ Strittig ist, welcher Norm bei der Auslegung von AGB Vorrang gebührt. Eine Ansicht besagt, dass § 6 Abs. 3 KSchG zu § 915 2. Fall ABGB *Lex specialis* sei;⁹⁶⁸ eine unklare

⁹⁶¹ Nach österreichischem Recht definiert sich eine AGB als eine vertragliche Regelung, die von einer Vertragspartei oder einer ihr zurechenbaren Person für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und zwischen den Vertragsparteien nicht im Einzelnen ausgetauscht worden ist. Siehe bspw. 2 Ob 59/12h; m.w.N. 1 Ob 46/10m.

⁹⁶² Siehe hierzu bspw. 7 Ob 116/19p; 1 Ob 214/16a; 2 Ob 134/09h; 7 Ob 139/09f.

⁹⁶³ 7 Ob 205/02a; 6 Ob 30/05p; Schwimann/Neumayr/Kollmasch, ABGB, § 915 Rn. 4; Bollenberger, § 915 Rn. 4.

⁹⁶⁴ Die Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln erklären die in der Richtlinie zum Ausdruck kommenden Bestimmungen zu Mindeststandards. Mithin sind die Leitlinien lediglich als Leitfaden gedacht; rechtsverbindlich ist ausschließlich der Wortlaut der Rechtsvorschriften der EU. Den Mitgliedsstaaten ist es selbst überlassen, zu prüfen, in welchem Umfang ihre Vorschriften und Verfahren nach der Auslegung des Gerichtshofs mit der Richtlinie in Einklang stehen, und gegebenenfalls, wie die Einhaltung der Vorschriften verbessert werden kann, um die Verbraucher effektiv vor missbräuchlichen Vertragsklauseln zu schützen. Dabei oblag es den Mitgliedsstaaten auch unter Umständen strengere Regelungen aufzusetzen. Siehe hierzu etwa in Amtsblatt der Europäischen Union vom 27.09.2019, C 323/4 S. 3 ff. Die Norm des § 6 Abs. 3 ABGB enthält in Umsetzung der EU-Richtlinie über rechtsmissbräuchliche Vertragsklauseln das Transparenzgebot und ist mithin richtlinienkonform (siehe hierzu https://www.ris.bka.gv.at/JustizEntscheidung.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20170518_OGH0002_0100OB00045_16I0000_000&IncludeSelf=True, zuletzt geprüft am 12.05.2023).

⁹⁶⁵ RV 311 BglNr 20. GP S. 23 f.

⁹⁶⁶ RV 311 BglNr 20. GP S. 23 f.

⁹⁶⁷ Bydlinski, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 49.

⁹⁶⁸ Bydlinski, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 49.

AGB-Klausel sei nach § 6 Abs. 3 KSchG ausnahmslos nichtig.⁹⁶⁹ Eine andere Ansicht stellt darauf ab, dass hinsichtlich der Frage, ob § 6 Abs. 3 KSchG oder § 915 2. Fall ABGB anwendbar ist, zwischen dem Individual- und Verbandsprozess unterschieden werden müsse.⁹⁷⁰ Im Individualprozess sollte § 915 2. Fall ABGB berücksichtigt werden und im Verbandsprozess primär § 6 Abs. 3 KSchG;⁹⁷¹ bei unklaren AGB ist im Individualprozess von der für den Verwender von AGB ungünstigsten Auslegung auszugehen.

Nach einer anderen Vorgehensweise wird die genaue Bedeutung der Begriffe „unklar“ und „unverständlich“ analysiert.⁹⁷² Nach § 6 Abs. 3 KSchG sind AGB bzw. Vertragsformblätter unklar oder unverständlich, wenn ein Durchschnittskunde den Vertragsinhalt nicht durchschaut (Transparenzprüfung).⁹⁷³ Im Wege der Auslegung muss deshalb zunächst der Vertragsinhalt ermittelt werden.⁹⁷⁴ Führt die Auslegung nach § 914 ABGB zu keinem Ergebnis, wird § 915 ABGB herangezogen, um Mehrdeutigkeiten zu beseitigen und ein eindeutiges Auslegungsergebnis zu präsentieren⁹⁷⁵ – die Transparenzprüfung setzt insoweit ein Auslegungsergebnis voraus.⁹⁷⁶ Eine Klausel, die nur über § 915 2. Fall ABGB einen Sinn erhält, ist regelmäßig intransparent und damit nach § 6 Abs. 3 KSchG als unwirksam anzusehen.⁹⁷⁷ In diesem Zusammenhang wird jedoch zugunsten des Kunden noch einmal differenziert: Ist eine Klausel intransparent und damit unklar im Sinne des § 6 Abs. 3 KSchG, begünstigt jedoch den Verbraucher im Vergleich zum dispositiven Recht, ist die Klausel entgegen § 6 Abs. 3 KSchG wirksam.⁹⁷⁸ Hintergrund ist, dass § 6 Abs. 3 KSchG ausschließlich auf den Schutz des Verbrauchers und nicht auf den des Unternehmers abzielt.

Im Grundsatz muss es nun heißen, dass § 6 Abs. 3 KSchG die Unklarheitsregel des § 915 2. Fall ABGB verdrängt.⁹⁷⁹ Eine Ausnahme besteht, wenn es um

⁹⁶⁹ Bydlinski, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 49.

⁹⁷⁰ RV 311 BglNr 20. GP S. 31 f.; Schwimann/Neumayr/Kollmasch, ABGB, § 915 Rn. 4; Bollenberger, in: KBB, § 915 Rn. 4.

⁹⁷¹ RV 311 BglNr 20. GP S. 31 f.; Schwimann/Neumayr/Kollmasch, ABGB, § 915 Rn. 4.

⁹⁷² Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht, Teil I, S. 121 Rn. 354.

⁹⁷³ Das formelle Testverständnis/die Lesbarkeit ist nicht allein maßgebend, 4 Ob 220/09k; 5 Ob 64/10p; Schwimann/Neumayr/Donath, KSchG, § 6 Rn. 27; m.w.N. Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht, Teil I, S. 121 Rn. 354.

⁹⁷⁴ Leitner JBL 133, 428 (433).

⁹⁷⁵ Leitner JBL 133, 428 (433).

⁹⁷⁶ Leitner JBL 133, 428 (433); Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht, Teil I, S. 121 Rn. 354.

⁹⁷⁷ Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht, Teil I, S. 121 Rn. 354; Leitner, JB 133, 428 (433).

⁹⁷⁸ Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht, Teil I, S. 121 Rn. 354; Leitner, JB 133, 428 (433).

⁹⁷⁹ Angesichts von Art. 5 EG-Richtlinie 93/13/EWG könnte aber auch die Ansicht vertreten werden, dass der Auslegung nach § 915 ABGB Vorrang vor der Unwirksam-

unklare AGB bzw. Vertragsformblätter in einem Individualprozess geht. In solch einem Fall kann § 915 2. Fall ABGB Vorrang eingeräumt werden. Letztlich geht die Norm des § 915 2. Fall ABGB dem § 6 Abs. 3 KSchG aber auch insofern vor, als dass eine intransparente Klausel, die nach § 915 2. Fall ABGB zum Vorteil des Verbrauchers ausgelegt werden kann, wirksam ist.⁹⁸⁰ Insoweit muss zu dem Ergebnis gekommen werden, dass die Norm des § 915 2. Fall ABGB für die Auslegung von AGB große Bedeutung hat und hatte, jedoch durch § 6 Abs. 3 KSchG in ihrem Anwendungsbereich beschränkt wird.⁹⁸¹

2. Auslegung von automatisierten Willenserklärungen

a) Automatisierte Willenserklärungen im österreichischen Zivilrecht

Das ABGB beinhaltet weder eine Legaldefinition noch besondere Vorschriften zu automatisierten Willenserklärungen. Ungeachtet dessen sind dem österreichischen Recht aber automatisierte bzw. elektronische Willenserklärungen bekannt.⁹⁸² Im österreichischen Recht definieren sich automatisierte Willenserklärungen als Erklärungen, die von einem Computer aufgrund seiner Programmierung automatisiert erzeugt und übermittelt wurden und dabei einer dahinterstehenden Person zurechenbar sind (bspw. Betreiber oder Programmierer des jeweiligen Programms).⁹⁸³ Hinsichtlich des Vertragsschlusses bestehen auf Ebene des Zuganges indessen Besonderheiten⁹⁸⁴ für elektronische Erklärungen wie bspw. elektronische Vertragserklärungen,⁹⁸⁵ andere rechtlich erhebliche ele-

keit nach § 6 Abs. 3 KSchG eingeräumt werden sollte. Siehe bspw. 4 Ob 179/02f; *Schwimann/Kodek*, ABGB, 9. Band, § 6 KSchG Rn. 84 ff.

⁹⁸⁰ Schwimann/Neumayr/*Kolmasch*, ABGB, § 915 Rn. 4.

⁹⁸¹ *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 46 ff.

⁹⁸² Vgl. bspw. OGH 6 Ob 36/20t; siehe hierzu *Janisch*, Unternehmensrecht, E-Business, Elektronisch geschlossene Verträge. Anmeldepflichtig abrufbar unter https://360.lexisnexis.at/d/lexisbriefings/elektronisch_geschlossene_vetrag/h_80004_275600098844423809_cbb05d6190?searchid=20220915124256703&page=1&index=1&origin=rl (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

⁹⁸³ Siehe hierzu *Janisch*, Unternehmensrecht, E-Business, Elektronisch geschlossene Verträge. Anmeldepflichtig abrufbar unter https://360.lexisnexis.at/d/lexisbriefings/elektronisch_geschlossene_vetrag/h_80004_275600098844423809_cbb05d6190?searchid=20220915124256703&page=1&index=1&origin=rl (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

⁹⁸⁴ Vgl. § 12 ECG: „Elektronische Vertragserklärungen, andere rechtlich erhebliche elektronische Erklärungen und elektronische Empfangsbestätigungen gelten als zugegangen, wenn sie die Partei, für die sie bestimmt sind, unter gewöhnlichen Umständen abrufen kann. Diese Regelung kann nicht zum Nachteil von Verbrauchern abbedungen werden.“

⁹⁸⁵ Unter elektronischen Erklärungen werden unter anderem E-Mail oder SMS verstanden. Siehe bspw. 3 Ob 224/18i; 9 Ob 56/13w; Schwimann/Neumayr/*Kolmasch*, ABGB, § 862a Rn. 4. Elektronische Vertragserklärungen sind bspw. Angebot und Annahme, welche via E-Mail oder SMS übermittelt wurden. *Sulzer*, Elsa Austria Law Review V, 8 (S. 59) (2020); *Zankl*, E-Commerce-Gesetz, § 12 Rz. 188.

tronische Erklärungen⁹⁸⁶ und elektronische Empfangsbestätigungen.⁹⁸⁷ Automatisierte Willenserklärungen sind – wie im deutschen Recht auch – echte Willenserklärungen, die dem Betreiber des jeweiligen Programms, welches die automatisierte Willenserklärung generiert, zugerechnet werden.⁹⁸⁸

b) Auslegungsregeln

aa) Anwendbarkeit und Auslegungsmaßstab

Wie im Rahmen von „normalen“ Willenserklärungen auch muss der objektive Aussagewert einer automatisierten Willenserklärung nicht immer klar und eindeutig sein, sodass die automatisierte Willenserklärung auslegungsbedürftig ist.⁹⁸⁹ Spezielle Vorschriften, die die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen zum Gegenstand haben, finden sich indessen im ABGB nicht. Deshalb besteht Einigkeit dahingehend, dass für diese dieselben Regelungen wie für „normale“ Willenserklärungen gelten sollen.⁹⁹⁰ Für die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen bedeutet dies nun, dass die Auslegungsregeln der §§ 863, 914, 915 ABGB herangezogen werden können.⁹⁹¹ Im Rahmen der Auslegung ist deshalb zunächst vom Wort Sinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung auszugehen.⁹⁹² Es gilt den Willen der Parteien und damit auch den Sinn der Erklärung zu erforschen.⁹⁹³ Führt die Auslegung an diesem Punkt zu keinem eindeutigen Ergebnis, wird bei „normalen“ Willenserklärungen sodann auf das Ver-

⁹⁸⁶ Zu den „anderen rechtlich erheblichen elektronischen Erklärungen“ zählen unter anderem Rücktrittserklärungen, Mahnungen, Fristsetzungen, Kündigungen und kaufmännische Bestätigungsschreiben. *Sulzer*, Elsa Austria Law review V, 8 (S. 59) (2020); *Zankl*, E-Commerce-Gesetz, § 12 Rz. 188.

⁹⁸⁷ Elektronische Empfangsbestätigungen (§ 10 Abs. 2 ECG) sind reine Wissenserklärungen, welche nach österreichischem Recht keine Willensäußerung enthalten, sondern bloß eine Nachricht über Tatsachen. *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht, Teil I, S. 110 Rn. 325; OGH ÖBA 1989, 1021; 5 Ob 9/06v; *Zankl*, E-Commerce-Gesetz, § 12 Rz. 188.

⁹⁸⁸ *Apathy/Iro/Kozio*, Österreichisches Bankvertragsrecht, Band III, Zahlungsverkehr 1/82, Fn. 299; *Zankl*, E-Commerce-Gesetz, § 12 Rn. 190 Fn. 313.

⁹⁸⁹ Vgl. *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht, Teil I, S. 117 Rn. 346.

⁹⁹⁰ Siehe hierzu *Janisch*, Unternehmensrecht, E-Business, Elektronisch geschlossene Verträge. Anmeldepflichtig abrufbar unter https://360.lexisnexis.at/d/lexisbriefings/elektronisch_geschlossene_vertrage/h_80004_2756000098844423809_cbb05d6190?searchid=20220915124256703&page=1&index=1&origin=rl (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

⁹⁹¹ Siehe hierzu *Janisch*, Unternehmensrecht, E-Business, Elektronisch geschlossene Verträge. Anmeldepflichtig abrufbar unter https://360.lexisnexis.at/d/lexisbriefings/elektronisch_geschlossene_vertrage/h_80004_2756000098844423809_cbb05d6190?searchid=20220915124256703&page=1&index=1&origin=rl (zuletzt geprüft am 12.05.2023); *Leyens/Heiss/Soritz*, Smart Contracts im unternehmerischen Rechtsverkehr (B2B), S. 141.

⁹⁹² *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht, Teil I, S. 118 Rn. 349.

⁹⁹³ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht, Teil I, S. 118 Rn. 349.

ständnis abgestellt, wie es der Übung des redlichen Verkehrs⁹⁹⁴ entspricht. Im Rahmen von automatisierten Willenserklärungen soll sich hingegen der Auslegungsmaßstab am Verständnis eines redlichen Nutzers von Onlinediensten ausrichten.⁹⁹⁵

bb) Die Auslegungsnorm § 915 ABGB

Vor dem Hintergrund, dass automatisierte Willenserklärungen denselben Auslegungsregeln unterstehen wie normale Willenserklärungen, kann die Unklarheitenregel des § 915 ABGB Anwendung finden. Da die Norm des § 915 ABGB jedoch zwei unterschiedliche Fälle regelt, soll der für die Untersuchung einschlägige Fall bestimmt werden.

Grundsätzlich kann sich jedermann dazu entscheiden, automatisierte Willenserklärungen für eine rechtsverbindliche Erklärung zu verwenden. Damit können automatisierte Willenserklärungen sowohl unter § 915 1. Fall ABGB als auch unter § 915 2. Fall ABGB fallen. Für die Untersuchung sind jedoch insbesondere Konstellationen von zweiseitig verbindlichen Verträgen von Interesse.⁹⁹⁶ Es geht genauer gesagt um die Frage, ob sich der Verwender von automatisierten Willenserklärungen in einem zweiseitig verbindlichen Vertrag eine Auslegung zu seinen Lasten analog § 305c Abs. 2 BGB zurechnen lassen muss. Mithin soll im Rahmen des Rechtsvergleiches zu Österreich allein die Fallgruppe des § 915 2. Fall BGB beleuchtet werden. Dies überzeugt auch deswegen, da es sich bei

⁹⁹⁴ Siehe zur Auslegung von „normalen“ Willenserklärungen *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht, Teil I, S. 117 ff. Rn. 346 ff.

⁹⁹⁵ Siehe hierzu *Janisch*, Unternehmensrecht, E-Business, Elektronisch geschlossene Verträge. Anmeldepflichtig abrufbar unter https://360.lexisnexis.at/d/lexisbriefings/elektronisch_geschlossene_vertrage/h_80004_2756000098844423809_cbb05d6190?searchid=20220915124256703&page=1&index=1&origin=rl (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

⁹⁹⁶ Beispielhaft für den Anwendungsbereich automatisierter Willenserklärungen im österreichischen Rechtsverkehr ist etwa der Fahrkartenvorlauf der Österreichischen Bundesbahn (ÖBB). Für den Kunden hat die ÖBB am Ticketschalter, am Ticketautomaten, in der ÖBB-App und auch im Web eine einheitliche Benutzeroberfläche für den Ticketkauf geschaffen. Wie auch bei der DB wählt der Kunde seinen Fahrtbeginn sowie Fahrtende, den Reisezeitraum und die Anzahl der zu befördernden Personen. Füllt er anschließend die Buchungsmaske mit seinen eigenen persönlichen Daten korrekt aus, erhält er von der ÖBB automatisch ein Ticket für die anstehende Fahrt; die ÖBB erklärt automatisiert die Annahme des Angebots. Zum Folgenden siehe <https://www.oebb.at/de/reiseplanung-services/am-bahnhof/ticketautomat> (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

Ein anderes Beispiel für den Einsatz von automatisierten Willenserklärungen ist der österreichische Onlinehandel (siehe OGH 6 Ob 36/20t). Kann der Kunde die Ware in einem virtuellen Schaufenster auswählen und sodann in einem Bestellformular seine persönlichen Daten samt Zahlungsmittel angeben, erhält er zum Teil bereits eine automatisierte Annahme auf sein Angebot (für automatisierte Bestellmöglichkeiten siehe OGH 6 Ob 36/20t). Siehe zum Vertragsschluss im Internet bspw. *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht, Teil I, S. 154 Rn. 443 ff., aber auch generell *Föhlisch/Stariradeff*, NJW 2016, S. 353.

§ 915 2. Fall ABGB konkret um eine Unklarheitenregel handelt.⁹⁹⁷ Somit ist § 915 2. Fall BGB die für die Untersuchung einschlägige Fallgruppe.

cc) Gang der Auslegung, Auslegungsergebnis

Ist eine automatisierte Willenserklärung undeutlich, unklar oder mehrdeutig, hat sich die Auslegung zunächst nach § 914 ABGB zu richten.⁹⁹⁸ Führt die Auslegung zu keinem eindeutigen Auslegungsergebnis, kann § 915 ABGB herangezogen werden. Den Umstand vorausgesetzt, dass automatisierte Willenserklärungen primär auf Ebene von zweiseitig verbindlichen bzw. entgeltlichen Verträgen vorkommen, wäre genauer § 915 2. Fall ABGB heranzuziehen.

§ 915 2. Fall ABGB erfordert, dass die unklare automatisierte Willenserklärung von einer Partei ausging – „der sich derselben bedient hat“.⁹⁹⁹ Mithin muss anhand des Einzelfalles untersucht werden, welche Partei die Formulierung vorgeschlagen hat oder diese eingebracht hat.¹⁰⁰⁰ Bedient sich bspw. der Betreiber eines Onlineshops vorformulierter Angebote, die sodann der Kunde ausfüllt und als Erklärungen wiederum an den Betreiber richtet, so ist der Betreiber des Onlineshops derjenige, der die fragliche Äußerung in den Vertrag eingebracht hat.¹⁰⁰¹

Im Ergebnis bedeutet die Anwendung der Unklarheitenregel § 915 2. Fall ABGB auf automatisierte Willenserklärungen, dass unklare automatisierte Willenserklärungen zulasten des jeweils Erklärenden auszulegen sind.¹⁰⁰²

dd) Anwendung von § 6 Abs. 3 KSchG?

Für Fälle von AGB ist, wie gesehen, die Norm des § 6 Abs. 3 KSchG von Bedeutung. Fraglich ist, ob die Norm auch auf Ebene von automatisierten Willenserklärungen von Relevanz ist. Hierfür müssten automatisierte Willenserklärungen unter AGB, Vertragsformblätter oder sonst im Voraus formulierte Vertragsbestimmungen subsumiert werden können.¹⁰⁰³ Mit AGB gemeinsam haben automatisierte Willenserklärungen bereits den unbestimmten und anonymen Per-

⁹⁹⁷ Rummel/Rummel, ABGB, § 915 Rn. 4; Schwimann/Neumayr/Kollmasch, ABGB, § 915 Rn. 3; Bollenberger, § 915 Rn. 3.

⁹⁹⁸ Vgl. Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht, Teil I, S. 117 ff. Rn. 346 ff.

⁹⁹⁹ Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Großkommentar zum ABGB, § 915 Rn. 35.

¹⁰⁰⁰ Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Großkommentar zum ABGB, § 915 Rn. 35.

¹⁰⁰¹ Vgl. LGZ Wien 42 R 2849/49, EvBl 1950/169; Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Großkommentar zum ABGB, § 915 Rn. 37.

¹⁰⁰² Bydlinski, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 45; Schwimann/Neumayr/Kollmasch, ABGB, § 915 Rn. 3; Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Großkommentar zum ABGB, § 915 Rn. 40f.

¹⁰⁰³ Schwimann/Neumayr/Kollmasch, KSchG, § 6 Rn. 27; Schwimann/Kodek, ABGB, 9. Band, § 6 KSchG Rn. 84 ff.

sonenkreis.¹⁰⁰⁴ Darüber hinaus wurde festgestellt, dass ihnen auch ein gewisser Grad an Vorformulierung zukommt, da die Willenserklärung vorprogrammiert werden muss.¹⁰⁰⁵ Eine gewisse Ähnlichkeit könnte insoweit angenommen werden.

Allerdings bestimmt das österreichische Recht, dass automatisierte Willenserklärungen rechtlich gesehen „normale“ Willenserklärungen darstellen.¹⁰⁰⁶ Mithin begründen sie das Rechtsverhältnis, wogegen AGB standardisierte Vertragsinhalte verkörpern, welche nur Geltung für sich beanspruchen können, wenn dies wiederum durch Willenserklärungen der Vertragsparteien vereinbart wurde.¹⁰⁰⁷ Dass nach dem österreichischen Recht automatisierte Willenserklärungen mit AGB, Vertragsformblättern oder sonstigen formulierten Vertragsbedingungen gleichzusetzen wären, ergibt sich nicht. Soweit im Rahmen von § 6 Abs. 3 KSchG streng vom Wortlaut ausgegangen wird, erfüllen automatisierte Willenserklärungen bereits nicht den Tatbestand. An dieser Stelle könnte jedoch der Frage nachgegangen werden, inwieweit hier eine Lücke im Rechtssinn gegeben ist und ob diese unter Umständen mittels einer Gesetzesanalogie geschlossen werden könnte.¹⁰⁰⁸ Dies würde jedoch nicht zur Beantwortung der der Untersuchung zugrundeliegenden Frage nach der Zulässigkeit der Analogie von § 305c Abs. 2 BGB auf unklare automatisierte Willenserklärungen führen, sondern ein neues – möglicherweise diskutables – Themenfeld schaffen. Dieser Gedanke wird deshalb im Nachfolgenden nicht weiterverfolgt. Nach derzeitigem Stand der österreichischen Rechtswissenschaft wird deshalb vertreten, dass das ABGB automatisierte Willenserklärungen nicht mit AGB gleichstellt, sodass § 6 Abs. 3 KSchG keine Anwendung im Rahmen der Auslegung von automatisierten Willenserklärungen finden kann.¹⁰⁰⁹

c) Zusammenfassung

Die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen hat im österreichischen Recht nach den §§ 863, 914, 915 ABGB zu erfolgen. Im Falle von Unklarheiten kann die Unklarheitenregel des § 915 2. Fall ABGB auf automatisierte

¹⁰⁰⁴ Siehe generell zu automatisierten Willenserklärungen MüKoBGB/*Busche*, § 133 Rn. 25; *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 964).

¹⁰⁰⁵ Siehe hierzu im 2. Kapitel „Auslegung von automatisierten Willenserklärungen“.

¹⁰⁰⁶ *Apatty/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht, Band III, Zahlungsverkehr 1/82, Fn. 299; *Zankl*, E-Commerce-Gesetz, § 12 Rn. 190 Fn. 313.

¹⁰⁰⁷ *Kolmasch*, Schuldrecht, Klauselkontrolle, Allgemeine Geschäftsbedingungen, anmeldpflichtig abrufbar unter https://360.legalis.nexis.at/d/lexisbriefings/allgemeine_geschaeftsbedingungen/h_80001_4623652437019408900_1d05d0e304?seachid=20220915130034046&page=1&index=1&origin=rl (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

¹⁰⁰⁸ Siehe zur Feststellung einer Rechtslücke und zur Lückenfüllung im österreichischen Recht *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht, Teil I, S. 29 ff. Rn. 103 ff.

¹⁰⁰⁹ Siehe bspw. *Schwimann/Kodek*, ABGB, 9. Band, § 6 KSchG Rn. 84 ff.; *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB, § 915.

Willenserklärungen angewendet werden. Derjenige, der sich der unklaren Formulierung bedient hat, hat damit die Auslegung zu seinen Lasten zu tragen. Die Auslegungsnorm des § 6 Abs. 3 KSchG findet im Rahmen von automatisierten Willenserklärungen keine Anwendung.

3. Die Unklarheitenregel in der österreichischen Rechtsprechung

Die Unklarheitenregel des § 915 ABGB genießt in Österreich vor allem auf Ebene der Auslegung von AGB-Klauseln praktische Bedeutung.¹⁰¹⁰ Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass zweifelhafte AGB-Klauseln zulasten des Verwenders auszulegen sind.¹⁰¹¹ Darüber hinaus sind Fälle, in denen § 915 ABGB streitentscheidend wirkt, selten.¹⁰¹² Zumeist wird auf die Unklarheitenregel des § 915 ABGB nur dann verwiesen, wenn die bereits erfolgte rechtliche Beurteilung gestützt werden soll.¹⁰¹³

Wird die österreichische Rechtsprechung auf Urteile zu automatisierten Willenserklärungen untersucht, führt dies zu keinem positiven Befund. Lediglich die Frage nach dem Zugang von elektronischen Willenserklärungen,¹⁰¹⁴ oder inwieweit automatisierte Bestellmöglichkeiten einen Kaufvertrag im Fernabsatz¹⁰¹⁵ rechtfertigen, scheint von Bedeutung. Entscheidungen zur Auslegung von automatisierten Willenserklärungen nach § 915 ABGB oder generell Entscheidungen zur Auslegung von automatisierten Willenserklärungen unterbleiben. Daneben finden sich indessen zahlreiche Urteile des OGH zur Auslegung von „normalen“ Willenserklärungen.¹⁰¹⁶

Vor diesem Hintergrund kann derzeit nicht beurteilt werden, inwieweit die Unklarheitenregel des § 915 ABGB die Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen in der österreichischen Rechtsprechung beeinflusst.

4. Ergebnis

Die rechtsvergleichende Betrachtung hat gezeigt, dass auch die Norm des § 915 ABGB ihre Wurzeln im römischen Recht hat.¹⁰¹⁷ In Bezug auf die Ge-

¹⁰¹⁰ *Schwimann/Kodek*, ABGB, § 915 Rn. 25.

¹⁰¹¹ Siehe hierzu bspw. 7 OB95/12i; 2 Ob 134/09h; 6 Ob 30/05p. Zum Verhältnis von § 915 2. Fall ABGB und § 9 Abs. 3 KSchG siehe unter anderem *Schwimann/Kodek*, ABGB, § 915 Rn. 24.

¹⁰¹² So *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 47.

¹⁰¹³ So *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 47.

¹⁰¹⁴ OGH 9 Ob 56/13w.

¹⁰¹⁵ OGH 6 Ob 36/20t.

¹⁰¹⁶ Siehe bspw. OGH 4 Ob 209/18s; 3 Ob 237/16y; 7 Ob 216/20w; 7 Ob 66/18h; 5 Ob 512/96; 7 Ob 211/17f; 9 ObA 38/02g.

¹⁰¹⁷ *Krampe*, Die Unklarheitenregel, S. 11 ff.

schichte der Unklarheitenregel von § 915 ABGB zeigte sich, dass zu keinem Zeitpunkt an der Kodifizierung gezweifelt wurde. In diesem Sinne bestand stets Einigkeit dahingehend, dass eine Unklarheitenregel als Auslegungsnorm nicht fehlen darf.

Im heutigen Rechtsverkehr vollzieht sich die Auslegung von Willenserklärungen grundsätzlich nach den Normen §§ 863, 914 ABGB. Erst wenn die reguläre Auslegung zu keinem klaren Ergebnis führt, soll § 915 ABGB herangezogen werden.¹⁰¹⁸ Die Rechtsfolge lautet sodann, dass der Vertrag bzw. die Willenserklärung (sinngemäß) so auszulegen ist, dass die Unklarheit zulasten desjenigen geht, dessen Sphäre die Unklarheit zuzurechnen ist.¹⁰¹⁹ Hinsichtlich der Frage, ob das österreichische Recht automatisierte Willenserklärungen kennt, konnte zu einem positiven Ergebnis gekommen werden.¹⁰²⁰ Dem österreichischen Recht sind nicht nur elektronische Willenserklärungen (vgl. § 12 E-Commerce-Gesetz)¹⁰²¹, sondern auch automatisierte Willenserklärungen ein Begriff. Ihre Auslegung vollzieht sich wie bei „normalen“ Willenserklärungen anhand der vorstehenden Normen. Darüber hinaus ist auch die Anwendung von § 915 ABGB vorgesehen.

Die Recherche zur „Effizienz“ der Anwendung der Unklarheitenregel auf unklare automatisierte Willenserklärungen auf Ebene der österreichischen Rechtsprechung konnte keine konkreten Ergebnisse liefern. Zwar haben sich verschiedenste Entscheidungen zur Auslegung von Willenserklärungen nach § 915 ABGB gefunden. Doch haben diese keinen Bezug zu automatisierten Willenserklärungen aufzeigen können. Da solche allerdings nur für die Untersuchung von Bedeutung gewesen wären, sind diese Erkenntnisse nebensächlich.

Dennoch verbleibt von der rechtsvergleichenden Betrachtung, dass eine allgemeine Unklarheitenregel in der österreichischen Rechtspraxis – wenn auch nicht immer streitentscheidend – von rechtlicher Relevanz ist.¹⁰²² Insbesondere auf Ebene von AGB genießt die Unklarheitenregel des § 915 2. Fall ABGB ihre größte praktische Bedeutung.¹⁰²³

¹⁰¹⁸ Siehe hierzu bspw. 3 Ob 248/6a; 3 Ob 117/11v; 10 Ob 42/17z.

¹⁰¹⁹ *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB, § 915 Rn. 40f.

¹⁰²⁰ Siehe hierzu *Janisch*, Unternehmensrecht, E-Business, Elektronisch geschlossene Verträge. Anmeldepflichtig abrufbar unter https://360.lexisnexis.at/d/lexisbriefings/elektronisch_geschlossene_vertrage/h_80004_2756000098844423809_cbb05d6190?searchid=20220915124256703&page=1&index=1&origin=rl (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

¹⁰²¹ § 12 ECG Zugang elektronischer Erklärungen

„Elektronische Vertragserklärungen, andere rechtlich erhebliche elektronische Erklärungen und elektronische Empfangsbestätigungen gelten als zugegangen, wenn sie die Partei, für die sie bestimmt sind, unter gewöhnlichen Umständen abrufen kann. Diese Regelung kann nicht zum Nachteil von Verbrauchern abbedungen werden.“

¹⁰²² So *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 47.

¹⁰²³ 6 Ob 22/14z; 7 Ob 132/15k; 7 Ob 28/19x; *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB, § 915 Rn. 17ff.; *Bollenberger*, § 914 Rn. 4.

III. Stellungnahme

Inwieweit die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB rechtlich sinnvoll ist, bedarf einer Diskussion mit einschlägigen Argumenten des Für und Wider, wozu unter anderem die vorstehenden Ausführungen beitragen sollten. Im Rahmen der rechtsökonomischen Betrachtung hat sich gezeigt, dass der Verwender von automatisierten Willenserklärungen unter die Person des „cheapest cost avoider“ subsumiert werden kann. Er ist derjenige, der „am einfachsten“ Unklarheiten bzw. Mehrdeutigkeiten vermeiden kann und nach der Rechtsökonomie deshalb zum Abwehraufwand oder zum Schadensersatz herangezogen werden sollte. Daneben wird das praktische Problem, dass beide Parteien gleichermaßen „bestraft“ werden, indem der Vertrag nicht zustande kommt, umgangen und das Risiko für Unklarheiten bzw. Mehrdeutigkeiten der eigentlich verantwortlichen Person – dem Verwender von unklaren automatisierten Willenserklärungen – zugesprochen. Insofern steht die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB ganz im Sinne der angemessenen Risikoverteilung.¹⁰²⁴ Nur die Partei, die auch tatsächlich Verantwortung für die Unklarheiten bzw. Mehrdeutigkeiten innehaltet, trägt das Risiko.

Des Weiteren setzt die Analogie für den Verwender von automatisierten Willenserklärungen den Anreiz, sich von Beginn an klarer und deutlicher auszudrücken, und wirkt parallel auf Handlungsweisen der Menschen ein.¹⁰²⁵ Aus rechtsökonomischer Sicht optimiert die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB damit das aktuelle Recht und hilft die Verhaltensweisen der Menschen in eine bestimmte Richtung zu lenken.¹⁰²⁶ Damit steht die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB ganz im Sinne der Rechtsökonomie und ist somit zu befürworten.

Neben der Rechtsökonomie brachte auch der Rechtsvergleich zu Österreich wertvolle Erkenntnisse. Im Gegensatz zum deutschen Zivilgesetzbuch BGB kennt das österreichische Zivilgesetzbuch ABGB nämlich eine allgemeine Unklarheitenregel: § 915 ABGB. Ihr Anwendungsbereich erstreckt sich von unentgeltlichen und entgeltlichen Verträgen auf einseitige Erklärungen und sinngemäß auch auf Willenserklärungen. Mithin werden auch automatisierte Willenserklärungen umfasst.¹⁰²⁷ Es handelt sich um eine allgemeine Auslegungsregel, welche

¹⁰²⁴ Vgl. hierzu HKK-BGB/*Vogenauer*, § 305–310 (III) Rn. 34.

¹⁰²⁵ Vgl. *Weigel/Kammel*, Rechtsökonomie der Verträge, Einleitung XIII.

¹⁰²⁶ Vgl. RNotZ 2007, 297; *Weigel/Kammel*, Rechtsökonomie der Verträge, Einleitung XIII.

¹⁰²⁷ Siehe hierzu *Janisch*, Unternehmensrecht, E-Business, Elektronisch geschlossene Verträge. Anmeldepflichtig abrufbar unter https://360.lexisnexis.at/d/lexisbriefings/elektronisch_geschlossene_vertrage/h_80004_2756000098844423809_cbb05d6190?searchid=20220915124256703&page=1&index=1&origin=rl (zuletzt geprüft am 12.05.2023); *Leyens/Heiss/Soritz*, Smart Contracts im unternehmerischen Rechtsverkehr (B2B), S. 141.

nur zur Anwendung gelangen kann, wenn die Auslegung nach § 914 ABGB zu keinem eindeutigen Ergebnis gekommen ist.¹⁰²⁸ Im Gegensatz zu den Verfassern des BGB hatten die Verfasser des ABGB keine Angst davor, dass durch die Aufnahme einer Unklarheitenregel das gesprochene Wort – anstatt des Willensdogmas – Hauptrichtschnur der Auslegung werden könnte.¹⁰²⁹ Vielmehr ging es darum – insbesondere auf Ebene von Massenverträgen – dem schwächeren Vertragspartner auf Ebene der Auslegung entgegenzukommen, um ihn so vor der Überlegenheit des Formulierenden zu schützen.¹⁰³⁰ Insoweit lag und liegt das Ziel in einer sachgerechten Auslegung und in einer angemessenen Risikoverteilung.¹⁰³¹ Kein anderes Ziel soll mithin auch mit der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB im Rahmen von unklaren automatisierten Willenserklärungen verfolgt werden.

Der Rechtsvergleich verdeutlicht, dass eine angemessene Risikoverteilung in allen Rechtsbereichen – und nicht nur auf Ebene von AGB – erforderlich ist. Dies zeigt sich nicht zuletzt anhand von unterschiedlichen Entscheidungen in der österreichischen Rechtsprechung.¹⁰³² Dass die allgemeine Unklarheitenregel die reguläre Auslegung negativ beeinflusst, ist nicht der Fall. Vielmehr handelt es sich um einen Spezialfall der Auslegungsarbeit, welcher nur subsidiäre Wirkung entfaltet.¹⁰³³ Insoweit verdient die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB Zuspruch, da sie einem größeren Kreis von schwächeren Vertragspartnern entgegenkommt. Insbesondere auf Ebene von unklaren automatisierten Willenserklärungen erscheint es daher sinnvoll, eine Unklarheitenregel vorzusehen, da der Verwender von automatisierten Willenserklärungen ansonsten die Formulierung sich hinreichend überlegen und Bedingungen zu seinen Gunsten festlegen oder bedeutende Vorteile vereinbaren kann. Der Vertragspartner müsste sich diesen sodann unterwerfen, um sein Leistungsinteresse befriedigt zu bekommen. Im Ergebnis ermöglicht die Unklarheitenregel, diese Situation für den Vertragspartner risikogerecht umzugestalten. Auch wenn mittels der Analogie zu § 305c Abs. 2 ABGB wenig Streitigkeiten entschieden werden mögen, so kann allein der Verweis auf die Un-

¹⁰²⁸ 10 Ob 42/17z; 7 Ob 227/15f; 6 Ob 125/14x; 5 Ob 237/13h; 6 Ob 142/10s; 5 Ob 32/09f.

¹⁰²⁹ Siehe hierzu bspw. *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 274.

¹⁰³⁰ *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, § 915, S. 429f.

¹⁰³¹ Siehe unter anderem *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 45; *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, § 915, S. 427.

¹⁰³² Siehe unter anderem OGH 6 Ob 142/10s; 10 Ob 628/93; 7 Ob 113/19x; 7 Ob 117/15d.

¹⁰³³ *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, § 915, S. 427.

klarheitenregel unterstützende Wirkung zeigen und zu einer unter Umständen kundenfreundlicheren Auslegung beitragen.¹⁰³⁴ Eine Ausweitung der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB auf unklare automatisierte Willenserklärungen erscheint aus rechtsvergleichender Sicht gerechtfertigt und verdient Zustimmung.

¹⁰³⁴ *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, § 6 Rn. 47.

D. Lösungsmöglichkeiten *de lege lata* und *de lege ferenda*

Die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB auf automatisierte Willenserklärungen wird bislang nur im Schrifttum vertreten.¹⁰³⁵ Die vorstehenden Kapitel haben sich insbesondere damit befasst, die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB herzuleiten und zu begründen. Nicht thematisiert wurde in diesem Zusammenhang, ob nicht bereits *de lege lata* [nach geltendem Gesetz (Recht)]¹⁰³⁶ Auslegungsregeln oder Auslegungsmaximen das gleiche Auslegungsergebnis erreichen. Dafür müssten Auslegungsnormen oder -maximen bestehen, die unklare automatisierte Willenserklärungen – wie die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB – zulasten des Erklärenden auslegen.

De lege ferenda [vom Standpunkt des künftigen (noch zu erlassenden) Gesetzes (Rechts); das heißt, was als künftige Rechtslage als sinnvoll und wünschenswert erscheint]¹⁰³⁷ könnte sich möglicherweise die Kodifizierung einer nationalen allgemeinen/besonderen Unklarheitenregel als sinnvoll erweisen. Neben einer rein nationalen Lösung könnte zwar auch an eine europarechtliche Lösung zu denken sein. Schließlich sind einerseits automatisierte Willenserklärungen über Landesgrenzen hinweg im Einsatz, andererseits ist derzeit die Europäische Union der Impulsgeber in Sachen Digitalisierung des bürgerlichen Rechts.¹⁰³⁸ Da die Untersuchung jedoch vor allem die Entwicklung der Unklarheitenregel im deutschsprachigen Raum zum Gegenstand hat und darüber hinaus die Frage der Zulässigkeit der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB eine Frage des nationalen Rechts darstellt, soll der Fokus, was sich *de lege ferenda* ändern könnte, auf nationaler Ebene verbleiben.

I. Lösungsmöglichkeiten *de lege lata*

1. Die Auslegungsnorm § 157 BGB

Es wurde bereits festgestellt, dass das BGB keine allgemeine Auslegungsnorm im Sinne einer Unklarheitenregel kodifiziert hat. Allerdings könnte die Unklar-

¹⁰³⁵ Siehe Grüneberg/Ellenberger, § 133 Rn. 23, 26a; MüKoBGB/Busche, § 133 Rn. 29; StaudingerBGB/Herrler, § 133 Rn. 63; NK-BGB/Looschelders, § 133 Rn. 89; BeckOGK BGB/Möslein, § 133 Rn. 93; Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 964).

¹⁰³⁶ Weber/Groh, Rechtswörterbuch, „*de lege lata*“.

¹⁰³⁷ Weber/Groh, Rechtswörterbuch, „*de lege ferenda*“.

¹⁰³⁸ Siehe hierzu etwa die Verordnungen: das Gesetz über digitale Dienste (digital Service Act, siehe AbI. L 277 vom 27.10.2022, S. 1–102) und das Gesetz über digitale Märkte (Digital Markets Act, siehe AbI. L 265 vom 12.10.2022, S. 1–66).

heitenregel einen Unterfall von § 157 BGB darstellen, sodass ihr der Charakter eines Erfahrungssatzes bzw. ungeschriebenen Auslegungsgrundsatzes zukäme. Diese Ansicht geht aus einer Entscheidung des Reichsgerichts von 1902 hervor. In dieser erklärte das Reichsgericht, dass die Unklarheitenregel „nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine bindende Rechtsnorm nicht bildet, sondern nur insoweit maßgebend sein könnte, als sie im einzelnen Fall dem Grundsatze von Treu und Glauben nach der Auffassung des Rechtslebens gemäß § 157 [BGB] entspricht“.¹⁰³⁹

Fraglich ist, ob diese Entscheidung als ein *Obiter Dictum*¹⁰⁴⁰ (lat. „nebenbei Gesagtes“) angesehen werden sollte.¹⁰⁴¹ Damit wäre Grundsätzliches zur Unklarheitenregel durch das Reichsgericht verkündet worden. Voraussetzung für ein *Obiter Dictum* ist, dass sich das Reichsgericht *nicht tragender* Urteilserwägungen in der Entscheidung bedient hat.

Das Urteil des Reichsgerichts vom 20. November 1902 befasste sich mit einem Sachverhalt, der sich am 19. April 1900 ereignete. Damit unterfiel der Sachverhalt bereits den Regelungen des „neuen“ BGB vom 01.01.1900. Inhaltlich ging es um die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches von Seiten des Klägers. Inwieweit dieser dem Kläger zustand, war allerdings von der Frage abhängig, ob zwischen den Parteien ein Kaufvertrag zustande gekommen war. In diesem Zusammenhang war entscheidend, wie die zwischen den Parteien vereinbarte Fristbestimmung zu einer Annahmeerklärung auszulegen war.¹⁰⁴² Fraglich war, ob die Annahmeerklärung innerhalb der Frist abgegeben werden musste oder ob vielmehr erforderlich war, dass die Annahme binnen der Frist in den Machtbereich des Anbietenden gelangen musste.¹⁰⁴³ Der Beklagte vertrat in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass die Annahmeerklärung in seinen Machtbereich hätte gelangen müssen. Da dies jedoch nicht mehr innerhalb der Frist erfolgte, läge kein Kaufvertrag vor. Der Kläger vertrat dagegen die Ansicht, dass es zur Erfüllung jener Fristbestimmung nach dem Wortlaut und Sinn genügt hätte, dass er die Annahmeerklärung innerhalb der Frist abgegeben hätte. Demnach ging es nicht um die Auslegung eines bereits zustande gekommenen Vertrages, sondern um die Frage, ob ein Vertrag generell zustande gekommen sei. Die

¹⁰³⁹ RGZ 53, S. 59 (S. 60).

¹⁰⁴⁰ Ein *Obiter Dictum* sind nicht-tragende Urteilserwägungen, welche in einer Entscheidung eines Gerichts geäußert wurden. Ein *Obiter Dictum* ist eine geäußerte Rechtsansicht/Rechtsauffassung, die nicht die gefällte Entscheidung betrifft, sondern nur geäußert wurde, weil sich die Gelegenheit bot, einen Grundsatz kundzutun. Lampecht, NJW 1998, S. 1039–1041; Korch, ZGR 2021, S. 867–903.

¹⁰⁴¹ So HKK-BGB/Vogenauer, §§ 305–310 Rn. 30, Fn. 143.

¹⁰⁴² RGZ 53, S. 59.

¹⁰⁴³ Leitsatz zu RGZ 53, S. 59–62.

Unklarheitenregel konnte vor diesem Hintergrund nicht von entscheidender Bedeutung sein.¹⁰⁴⁴

Jedoch wurde vom Reichsgericht allgemein formuliert, dass die aus dem römischen Recht stammende Regel „*ambiguitas contra stipulatorem*“ nach dem BGB zwar keine bindende Rechtsnorm bildet, sie im Einzelfall aber zur Anwendung gelangen soll, wenn die Regel nach den Grundsätzen von Treu und Glauben der Auffassung des Rechtslebens nach § 157 BGB entspricht.¹⁰⁴⁵ Insofern nahm das Reichsgericht rechtliche Ausführungen zur Urteilsfindung vor, die über das Erforderliche hinausgingen und auf denen das Urteil dementsprechend nicht beruht.¹⁰⁴⁶ Es kann insoweit von einem *Obiter Dictum* zu der Unklarheitenregel ausgegangen werden.

De lege lata ist nun fraglich, ob diese Entscheidung dazu führt, dass über § 157 BGB bzw. nach Treu und Glauben das gleiche Auslegungsergebnis erreicht werden kann wie über die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB. Zunächst darf die Entscheidung nicht dahingehend missverstanden werden, dass in § 157 BGB die Unklarheitenregel verankert ist. Vielmehr bestimmt das Urteil, dass im Einzelfall die Grundsätze von Treu und Glauben zu einer Auslegung zulasten des Formulierenden verhelfen können. Damit zeigt das Urteil des Reichsgerichts, dass der der Unklarheitenregel anhaftende Erfahrungssatz, die Formulierungsverantwortung zu berücksichtigen, weiter fortbesteht. Allerdings ist eine solche Auslegung stark vom Einzelfall abhängig. Denn eine pauschale Auslegung gegen den Formulierenden über § 157 BGB erscheint mit Treu und Glauben wiederum nicht vereinbar. Stets wäre der Einzelfall maßgebend.¹⁰⁴⁷ Insoweit kann nur die Vermutung aufgestellt werden, dass es wohl Treu und Glauben entspricht, im Zweifel gegen die Partei auszulegen, die sich undeutlich ausgedrückt hat.¹⁰⁴⁸ Je nach Sachverhalt kann die Judikative allerdings unterschiedlich entscheiden.¹⁰⁴⁹

Damit kann die Unklarheitenregel als Unterfall zu § 157 BGB zwar als ungeschriebener Auslegungsgrundsatz verstanden werden. Jedoch ermöglicht dies noch nicht, der Formulierungsverantwortung von unklaren automatisierten Willenserklärungen in jedem Fall gleich zu entgegnen, wie dies mit der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB möglich wäre. Lediglich im Einzelfall kann ein der Unklar-

¹⁰⁴⁴ RGZ 53, S. 59 (S. 60).

¹⁰⁴⁵ RGZ 131, S. 343 (S. 350).

¹⁰⁴⁶ RGZ 53, S. 59 (S. 60).

¹⁰⁴⁷ RGZ 53, S. 59 (S. 60).

¹⁰⁴⁸ Vgl. Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechtes des Deutschen Reichs und Preussens, § 111 S. 381f.; Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 159 f.

¹⁰⁴⁹ Vgl. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 160.

heitenregel vergleichbares Ergebnis erreicht werden; ein stetig gleiches Ergebnis wie in § 305c Abs. 2 BGB wäre nicht garantiert.¹⁰⁵⁰

In diesem Zusammenhang gilt es anzusprechen, dass durch den Einsatz von automatisierten Willenserklärungen das Ziel verfolgt wird, Geschäftsprozesse zu vereinheitlichen bzw. zu vereinfachen und damit eine Vielzahl an identischen Vertragsabschlüssen zu erreichen. Würde nun die Unklarheitenregel als Unterfall zu § 157 BGB in einem Fall dazu führen, dass eine Auslegung zulasten des Verwenders gerechtfertigt erscheint, in einem anderen jedoch nicht, würden nicht nur die Rationalisierungsprozesse aufgehalten, sondern auch die Gleichbehandlung der einzelnen Vertragspartner wäre nicht gewährleistet. Die Grundsätze von Treu und Glauben sind insoweit zu unbestimmt, um eine pauschale Auslegung zulasten des Verwenders von automatisierten Willenserklärungen – wie es mit der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB der Fall wäre – durchzusetzen. Insbesondere vor dem Hintergrund der Massenverträge bedarf es einer einheitlicheren Lösung. Die Unklarheitenregel als Unterfall zu § 157 BGB kann nicht zu dem gleichen (pauschalen) Auslegungsergebnis verhelfen wie die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB.

Nichtsdestotrotz kann die Unklarheitenregel als Unterfall zu § 157 BGB dazu verhelfen, im Einzelfall zu einem „gleichen“ Auslegungsergebnis zu gelangen, wie es die Unklarheitenregel in § 305c Abs. 2 BGB vorsieht. Dass dieser ungeschriebene Auslegungsgrundsatz in Treu und Glauben verankert ist, steht indessen einer Analogie – insbesondere einer Unvollständigkeit des Gesetzes – nicht entgegen. Diese Prüfung bezog sich allein darauf, ob im BGB eine Auslegungsnorm besteht. Ungeschriebene Auslegungsgrundsätze sind hiervon nicht umfasst.

2. Restriktionsprinzip

a) Allgemein

Das Restriktionsprinzip besagt, dass AGB-Klauseln, sofern sie den Verwender abweichend vom dispositiven Recht bevorzugen, zugunsten des Vertragspartners eng auszulegen sind und damit im Umkehrschluss zulasten des Verwenders gelten.¹⁰⁵¹ Bis zum Inkrafttreten des AGBG 1976 nutzte die deutsche Rechtsprechung insbesondere das Restriktionsprinzip, um bspw. Freizeichnungsklauseln oder Haftungsausschlüsse eng auszulegen.¹⁰⁵² Aber auch nach dem Inkrafttreten

¹⁰⁵⁰ Vgl. RGZ 53, S. 59 (S. 60); Crome, System des bürgerlichen Rechts, Band I, S. 409; Titze, Die Lehre vom Missverständnis, S. 178, S. 180; HKK-BGB/Vogenauer, §§ 305–310 (III) Rn. 30.

¹⁰⁵¹ BGHZ 93, S. 75 f.; BGHZ 97, S. 217; Jauernig/Stadler, § 305c Rn. 8; siehe vertiefend Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bände I/II.

¹⁰⁵² Vgl. BGH NJW 1952, S. 657 (S. 658); 1957, S. 17 (S. 18), 1974, S. 1135 (S. 1136).

des AGBG finden sich Verweise auf das Restriktionsprinzip, wo der Hinweis ausgesprochen wird, Risikoausschlussklauseln oder Einschränkungen der Gewährleistung eng auszulegen.¹⁰⁵³

Das Restriktionsprinzip ist bis heute teilweise als AGB-spezifische Auslegungsregel bzw. Auslegungsgrundsatz anerkannt.¹⁰⁵⁴ Begründet wird dies mit dem Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Rechts.¹⁰⁵⁵ Eine andere Ansicht besagt, dass dem Restriktionsprinzip im heutigen Rechtsverkehr als Auslegungsgrundsatz keine Bedeutung mehr zugemessen werden sollte.¹⁰⁵⁶ Dies liegt zum einen daran, dass durch die Norm des § 305c Abs. 2 BGB nicht nur Freizeichnungsklauseln, Haftungsbeschränkungen, Gewährleistungsausschlüsse oder Ähnliches eng ausgelegt werden können, sondern sämtliche auslegungsfähigen unklaren AGB-Klauseln.¹⁰⁵⁷ Insoweit komme dem Restriktionsprinzip neben der Norm des § 305c Abs. 2 BGB kein eigenständiger Anwendungsbereich mehr zu.¹⁰⁵⁸ Ein zusätzlicher Widerspruch entsteht im Verhältnis zur Inhaltskontrolle nach §§ 307ff. BGB.¹⁰⁵⁹ Soweit das Restriktionsprinzip im Rahmen einer engen Auslegung zur Anwendung gelangen würde, würde eine verdeckte Inhaltskontrolle vorgenommen.¹⁰⁶⁰ Dadurch besteht die Gefahr, dass einer an sich nach §§ 307ff. BGB unwirksamen Klausel mittels des Restriktionsprinzips zur Zulässigkeit verholfen wird.¹⁰⁶¹ Im Ergebnis besteht jedoch Einigkeit dahingehend, dass das Restriktionsprinzip selten zu Ergebnissen führt, die nicht auch durch die Unklarheitenregel nach § 305c Abs. 2 BGB erreicht werden könnten.¹⁰⁶²

¹⁰⁵³ Vgl. BGH NJW 2011, S. 3718 (S. 3719); 2012, S. 3238 (S. 3239); 2013, S. 3570 (S. 3571); 2011, S. 1217 (S. 1218); BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 101.

¹⁰⁵⁴ Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau, § 305c Rn. 138; Knütel, JR 1981, S. 221 (S. 223).

¹⁰⁵⁵ Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau, § 305c Rn. 138.

¹⁰⁵⁶ So etwa Soergel/Fritzsche, § 305c Rn. 43; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer, § 305c Rn. 230f.; BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 101; BeckOK BGB/H. Schmidt, § 305c Rn. 62; MükoBGB/Fornasier, § 305c Rn. 42.

¹⁰⁵⁷ BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 101; BeckOK BGB/H. Schmidt, § 305c Rn. 62; MükoBGB/Fornasier, § 305c Rn. 42.

¹⁰⁵⁸ MükoBGB/Fornasier, § 305c Rn. 42.

¹⁰⁵⁹ Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer, § 305c Rn. 230f.; StaudingerBGB/Mäsch, § 305c Rn. 127; ErmanBGB/Roloff/Looschelders, § 305c Rn. 24; BeckOK BGB/H. Schmidt, § 305c Rn. 62.

¹⁰⁶⁰ Jauernig/Stadler, § 305c Rn. 8; BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 101; MükoBGB/Fornasier, § 305c Rn. 42.

¹⁰⁶¹ Jauernig/Stadler, § 305c Rn. 8; BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 101; MükoBGB/Fornasier, § 305c Rn. 42.

¹⁰⁶² Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau, § 305c Rn. 138; Knütel, JR 1981, S. 221 (S. 223); MükoBGB/Fornasier, § 305c Rn. 42; Jauernig/Stadler, § 305c Rn. 8; BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 101.

b) Automatisierte Willenserklärungen

Dem Restriktionsprinzip wird, wie gesehen, heute nur noch vereinzelt die Rolle als eigenständige Auslegungsregel zugesprochen.¹⁰⁶³ Die systematische Einordnung als Auslegungsnorm oder als Norm der Inhaltskontrolle sowie die praktische Bedeutung auf Ebene des AGB-Rechts sind streitig.¹⁰⁶⁴ Insbesondere die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB nimmt dem Restriktionsprinzip im Rahmen von AGB seinen Anwendungsbereich. Vor diesem Hintergrund tut sich die Frage auf, ob der AGB-spezifische Auslegungsgrundsatz auf automatisierte Willenserklärungen anwendbar sein könnte.

Die Frage, ob sich das Restriktionsprinzip als Auslegungsnorm auch auf automatisierte Willenserklärungen erstrecken kann, wurzelt darin, dass automatisierte Willenserklärungen „wie AGB“ ausgelegt werden können.¹⁰⁶⁵ „Wie AGB“ bedeutet insoweit zunächst, dass sie objektiv nach Maßgabe der Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Kundenkreises ausgelegt werden können, ohne dass es auf den konkreten Erklärungsempfänger ankommt.¹⁰⁶⁶ Automatisierte Willenserklärungen sind somit losgelöst von den Zufälligkeiten des Einzelfalles und den individuellen Vorstellungen der Parteien.¹⁰⁶⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint es denkbar, automatisierte Willenserklärungen auch nach dem Restriktionsprinzip auslegen zu können.

Im Gegensatz zu AGB würde auf Ebene von automatisierten Willenserklärungen kein Widerspruch zu einer etwaigen verdeckten Inhaltskontrolle bestehen, da automatisierte Willenserklärungen keine AGB, sondern echte Willenserklärungen darstellen.¹⁰⁶⁸ Die Gefahr, durch eine restriktive Auslegung eine – im AGB-Recht – systemwidrige geltungserhaltende Auslegung herbeizuführen, bestünde insofern nicht. Des Weiteren würde das Restriktionsprinzip auf Ebene der Auslegung von automatisierten Willenserklärungen nicht mit der Unklarheitenregel nach § 305c Abs. 2 BGB kollidieren. Schließlich sind vom Wortlaut des § 305c Abs. 2 BGB nur AGB und keine automatisierten Willenserklärungen umfasst; erst durch die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB würde sich der Anwendungsbereich überschneiden.

¹⁰⁶³ MüKoBGB/Basedow, § 305c Rn. 41; StaudingerBGB/Mäsch, § 305c Rn. 118; m.w.N. BeckOGK BGB/Bonin, § 305c Rn. 101; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau, § 305c Rn. 138; Knütel, JR 1981, S. 221 (S. 223).

¹⁰⁶⁴ Jauernig/Stadler, § 305c Rn. 8; MüKoBGB/Basedow, § 305c Rn. 41.

¹⁰⁶⁵ Siehe hierzu NK-BGB/Looschelders, § 133 Rn. 89; Grüneberg/Ellenberger, § 133 Rn. 26a; MüKoBGB/Busche, § 133 Rn. 25; BeckOGK BGB/Möslein, § 133 Rn. 93 ff.; vgl. auch Paefgen, JuS 1988, S. 592 (S. 595 f.).

¹⁰⁶⁶ Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 332; MüKoBGB/Busche, § 133 Rn. 25; NK-BGB/Looschelders, § 133 Rn. 89; Grüneberg/Ellenberger, § 133 Rn. 26a; Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 964).

¹⁰⁶⁷ BGHZ 49, S. 88; NJW-RR 99, S. 105; PWW/K. P. Berger, § 305c Rn. 11 ff.

¹⁰⁶⁸ Siehe BGH NJW 2005, S. 53 (S. 54); m.w.N. Köhler, AcP 182 (1982), S. 128, S. 133 f.; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 256.

Allerdings bezieht sich das Restriktionsprinzip zumeist auf Fälle, in denen Rechte einer Vertragspartei zugunsten der anderen eingeschränkt werden. Diese Bestimmungen werden sodann zugunsten des Kunden eng auslegt, sodass der Anwendungsbereich der (einschränkenden) Rechte beschnitten wird. Die automatisierte Willenserklärung wäre in solch einem Fall eng und damit zugunsten des Kunden auszulegen.

Darüber hinaus müsste das Restriktionsprinzip aber auch geeignet sein, Unklarheiten bzw. Mehrdeutigkeiten im Rahmen von automatisierten Willenserklärungen aufzudecken bzw. zumindest eine Auslegung wie durch die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB zu erreichen. Dies erscheint zweifelhaft. Denn das Restriktionsprinzip würde sich grundsätzlich nur auf solche Bestimmungen bzw. automatisierte Willenserklärungen konzentrieren, die dem Kunden „lästig“ sind.¹⁰⁶⁹ Die restriktive Auslegung würde die automatisierte Willenserklärung nicht zugunsten des Kunden neu interpretieren, da diese eine über das dispositiv Recht hinausgehende Rechtsposition nicht einzuräumen vermag.¹⁰⁷⁰ Das Restriktionsprinzip findet mithin nur dort Anklang, wo zum Nachteil des Vertragspartners vom dispositiven Recht abgewichen wurde.¹⁰⁷¹ Im Rahmen der Auslegung von automatisierten Willenserklärungen geht es hingegen nicht per se um die Auslegung von nachteiligen Bestimmungen. Vielmehr können automatisierte Willenserklärungen hinsichtlich des Leistungsgegenstands, des Lieferumfangs oder der Lieferzeit auslegungsbedürftig sein, was nicht bedeuten muss, dass diese für den Vertragspartner belastend sind. Vor diesem Hintergrund erscheint das Restriktionsprinzip zwar hinsichtlich rechtlich-belastender automatisierter Willenserklärungen geeignet, zulasten des Verwenders auszulegen, nicht aber pauschal für sämtliche auslegungsbedürftige automatisierte Willenserklärungen. Insbesondere schließt das Restriktionsprinzip nicht pauschal die Auslegung von unklaren bzw. mehrdeutigen Willenserklärungen zulasten des Verwenders mit ein. Insoweit bietet das Restriktionsprinzip kein Äquivalent zur Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB. Das Restriktionsprinzip vermag nur für belastende automatisierte Willenserklärungen eine Auslegung zulasten des Verwenders vorzunehmen, nicht aber für sämtliche (unklaren) automatisierten Willenserklärungen.

3. Auslegung contra proferentem

Der Grundsatz, dass Zweifel bei der Auslegung zulasten des Erklärenden gehen, ist im BGB nur für Fälle von AGB in § 305c Abs. 2 BGB anerkannt.¹⁰⁷² Dennoch finden sich in der Literatur einige Stimmen, die für einen allgemeinen

¹⁰⁶⁹ Stoffels, AGB-Recht, S. 141 Rn. 378.

¹⁰⁷⁰ Stoffels, AGB-Recht, S. 141 Rn. 378.

¹⁰⁷¹ Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau, § 305c Rn. 138.

¹⁰⁷² Janal, AcP 215 (2015), S. 830 (S. 851).

(ungeschriebenen) Auslegungsgrundsatz *contra proferentem*¹⁰⁷³ einzutreten bereit sind.¹⁰⁷⁴ Nach deren Vorstellungen soll die Unklarheitenregel als allgemeiner Auslegungsgrundsatz über den Bereich der AGB hinaus Geltung entfalten.¹⁰⁷⁵ Dem entgegen steht jedoch die Ansicht der Rechtsprechung¹⁰⁷⁶ und der wohl herrschenden Literatur,¹⁰⁷⁷ welche grundsätzlich eine allgemeine Unklarheitenregel ablehnen. Die Ansicht stellt sich hierbei insbesondere auf den Standpunkt, dass eine unklare Formulierung nach dieser Auffassung noch nicht ausreiche, um für sich genommen einen Treueverstoß im Sinne der §§ 133, 157 BGB zu begründen.¹⁰⁷⁸ Vielmehr bedürfe es eines weiteren Sachverhaltselements, welches die Auslegung gegen den Erklärenden gebiete.¹⁰⁷⁹

Hinsichtlich des Erfordernisses eines weiteren Sachverhaltselements wird etwa vertreten, dass ein solches in der Ausnutzung wirtschaftlicher Übermacht zu sehen sei.¹⁰⁸⁰ Eine andere Ansicht setzt das Vorliegen von zwei Elementen kumulativ voraus. Zum einen muss eine strukturelle Überlegenheit vorherrschen, zum anderen muss der Vertragstext vom überlegenen Vertragspartner entworfen worden sein.¹⁰⁸¹ Letzteres hat auch das OLG Frankfurt dergestalt vertreten, als dass es ausführte, dass derjenige, der einen „Vertragstext selbst (kraft seiner sozialen Überlegenheit) formuliert, um ihn dem anderen Teil nur zur Unterschrift vorzulegen, alle Unklarheiten gegen sich gelten lassen muß“.¹⁰⁸²

Dogmatisch wird die Auslegung *contra proferentem* unterschiedlich verortet. Eine Ansicht vertritt etwa, dass die Unklarheitenregel sich als eine Forderung von Treu und Glauben erweist, deren Beachtung nicht auf den Anwendungsbereich von § 305c Abs. 2 BGB beschränkt werden kann.¹⁰⁸³ Ein Treueverstoß, welcher eine *interpretatio contra proferentem* verlange, bestehe stets, wenn der Formulierende eine wirtschaftliche Übermacht ausnutze.¹⁰⁸⁴ Diese Betrachtungsweise gleicht insoweit der Auffassung von *Titze* und *Crome*, die im 20. Jahrhun-

¹⁰⁷³ Siehe auch zur Contra Proferentem Rule Jansen/Zimmermann/*Vogenauer*, Commentaries on European Contract Laws, S. 772. Siehe auch zur Auslegung *contra proferentem* Mäsch, JuS 2012, S. 352–354.

¹⁰⁷⁴ *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 428; unter Verweis auf BGHZ 54, S. 299 (S. 305); Kötz, FS Zeuner, 1994, S. 219 (S. 230).

¹⁰⁷⁵ *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 428; unter Verweis auf BGHZ 54, S. 299 (S. 305).

¹⁰⁷⁶ BGHZ 5, S. 111; VersR 1971, S. 172; DB 1973, S. 139.

¹⁰⁷⁷ MüKoBGB/*Busche*, § 133 Rn. 24f.; NK-BGB/*Looschelders*, § 133 Rn. 23; Jauernig/Jauernig, § 133 Rn. 11; m.w.N. *Janal*, AcP 215 (2015), S. 830 (S. 852).

¹⁰⁷⁸ Diese Ansicht darstellend *Janal*, AcP 215 (2015), S. 830 (S. 852).

¹⁰⁷⁹ Diese Ansicht darstellend *Janal*, AcP 215 (2015), S. 830 (S. 852).

¹⁰⁸⁰ MüKoBGB/*Busche*, § 157 Rn. 8.

¹⁰⁸¹ Grüneberg/*Ellenberger*, § 133 Rn. 23.

¹⁰⁸² OLGZ 1973, S. 229 (S. 232).

¹⁰⁸³ MüKoBGB/*Busche*, § 157 Rn. 8.

¹⁰⁸⁴ MüKoBGB/*Busche*, § 157 Rn. 8.

dert die Meinung vertraten, dass die in der Unklarheitenregel enthaltene Quintessenz „unklare Ausdrücke seien zulasten desjenigen zu deuten, der sich ihrer bedient habe“ bereits unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben in den generellen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) enthalten sei.¹⁰⁸⁵

Eine andere Auffassung zieht dogmatisch die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB heran. Nach dieser Ansicht kann die Norm des § 305c Abs. 2 BGB analog angewendet werden, wenn vergleichbare Bedingungen struktureller Überlegenheit herrschen und der Vertragstext von dem überlegenen Vertragspartner entworfen wurde.¹⁰⁸⁶ Insoweit muss wie vorstehend ein besonderes Sachverhalts-element hinzutreten, was sodann eine Auslegung analog § 305c Abs 2 BGB begründen kann.

Fraglich ist nun, was dieser Auslegungsgrundsatz für die Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen bedeutet. Schließlich könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass *de lege lata* [nach geltendem Gesetz (Recht)] bereits eine ungeschriebene Auslegungsregel besteht, die eine Auslegung im Sinne der Unklarheitenregel von § 305c Abs. 2 BGB erreicht. Allerdings muss hierbei noch genauer differenziert werden. Um eine wirkliche Alternative zur Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB darzustellen, müsste die Auslegung *contra proferentem* stets zu dem gleichen Auslegungsergebnis führen wie die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB.

Dies erscheint bei der Auslegung *contra proferentem* nicht immer gewährleistet. Das mag daran liegen, dass bei der Auslegung *contra proferentem* wohl – wie im Vorstehenden – der Einzelfall entscheidend ist. Es soll schließlich keine generelle Anwendung der *interpretatio contra proferentem* erfolgen.¹⁰⁸⁷ Vielmehr soll nur in Ausnahmefällen eine Auslegung zulasten des (überlegenden) Formulierenden stattfinden.¹⁰⁸⁸ Zum anderen mag dies daran liegen, dass hinsichtlich der zusätzlichen Sachverhaltelemente „strukturelle Überlegenheit“ oder auch „wirtschaftliche Übermacht ein erheblicher Interpretationsspielraum besteht, der je nach Sachlage anders gedeutet werden kann.

Im Ergebnis wird die Auslegung *contra proferentem* damit als nicht gleich zielführend erachtet wie die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB. Die *interpretatio contra proferentem* erscheint als zu einzelfallbezogen und zeitgleich mit zu viel Interpretationsspielraum behaftet, sodass die Gefahr gesehen wird, dass gegen den Grundsatz der normativen Auslegung verstossen wird, wonach eigentlich al-

¹⁰⁸⁵ *Titze*, Die Lehre vom Missverständnis, S. 180; vgl. auch *Crome*, System des bürgerlichen Rechts, Band I, S. 407ff.

¹⁰⁸⁶ StaudingerBGB/Singer, § 133 Rn. 63 verweist auf OLGZ 1973, S. 229 (S. 232); MüKoBGB/Busche, § 157 Rn. 8; Grüneberg/Ellenberger, § 133 Rn. 23; Paefgen, JuS 1988, S. 592 (S. 595); Köhler, AcP 182 (1982), S. 126 (S. 141).

¹⁰⁸⁷ StaudingerBGB/Singer, § 133 Rn. 63; MüKoBGB/Busche, § 157 Rn. 8.

¹⁰⁸⁸ StaudingerBGB/Singer, § 133 Rn. 63; MüKoBGB/Busche, § 157 Rn. 8.

len Beteiligten eine Auslegungssorgfalt obliegt.¹⁰⁸⁹ Zwar wird der Auslegungsgrundsatz *contra proferentem* sicherlich in Teilen zu dem gleichen Ergebnis führen können, wie es die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB vorsieht. Es wird jedoch nicht gesehen, dass dieser Auslegungsgrundsatz im Falle von unklaren automatisierten Willenserklärungen stets zu dem gleichen Auslegungsergebnis zu führen mag wie die Auslegung über die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB.

II. Lösungsmöglichkeiten *de lege ferenda*

1. Kodifizierung einer *allgemeinen Unklarheitenregel – Gesetzesänderung?*

Statt abzuwarten, dass sich ein ungeschriebener allgemeiner Auslegungsgrundsatz *contra proferentem* in der deutschen Rechtswissenschaft etabliert, könnte über die Kodifizierung einer *allgemeinen Unklarheitenregel* diskutiert werden. Schließlich kann der Gesetzgeber seine Meinung hinsichtlich der Aufnahme einer Unklarheitenregel nach nun mehr als 100 Jahren auch ändern. Dies zeigt sich nicht zuletzt an der Einfügung von § 313 BGB im Wege des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. Bei Inkrafttreten des BGB 1900 fand sich nämlich gerade keine allgemeine dem heutigen § 313 BGB vergleichbare Vorschrift, die den Rechtsschutz beim anfänglichen Fehlen oder späteren Wegfall der Geschäftsgrundlage gewährt hätte.¹⁰⁹⁰ Vielmehr hatte sich der BGB-Gesetzgeber ausdrücklich gegen die Aufnahme einer solchen Regelung entschieden.¹⁰⁹¹ Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von 2002 nahm der Gesetzgeber jedoch dieses Rechtsinstitut in das BGB auf, da er es als ein bewährtes Rechtsinstitut ansah, das in der praktischen Anwendung regelmäßig zu befriedigenden und gemeinhin akzeptierten Ergebnissen führe.¹⁰⁹²

Fraglich ist, ob ein vergleichbares Umdenken auch in Bezug auf die Aufnahme einer Unklarheitenregel als wahrscheinlich erscheint und wie eine allgemeine Unklarheitenregel im BGB sodann möglicherweise aussehen könnte. Letzteres soll hierbei zuerst in den Fokus gestellt werden. Zu verorten wäre eine allgemeine Unklarheitenregel wohl im Rahmen des Allgemeinen Teils des BGB. Hier finden sich schließlich bereits die zwei wichtigen Auslegungsregeln § 133 BGB und § 157 BGB. Zudem wäre durch die Verortung im Allgemeinen Teil sichergestellt, dass die Unklarheitenregel auf alle Rechtsgeschäfte Anwendung finden kann. Die Norm würde mithin von der sogenannten „Klammerwirkung“ profitie-

¹⁰⁸⁹ StaudingerBGB/Singer, § 133 Rn. 63; MüKoBGB/Busche, § 157 Rn. 8.

¹⁰⁹⁰ BeckOGK BGB/Martens, § 313 Rn. 13.

¹⁰⁹¹ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 490; HKK-BGB/Meyer-Pritzl, §§ 313–314 Rn. 1 ff.

¹⁰⁹² BT-Drucks. 14/6040, S. 175.

ren.¹⁰⁹³ Hinsichtlich der Ausgestaltung und der Formulierung einer allgemeinen Unklarheitenregel könnte die österreichische Unklarheitenregel des § 915 S. 2 ABGB als Vorbild dienen.¹⁰⁹⁴ Nach diesem Vorbild könnte eine allgemeine Unklarheitenregel für das BGB wie folgt lauten.

§ XY BGB

Zweifel bei der Auslegung eines Vertrages oder einer Willenserklärung gehen zulasten derjenigen Partei, die sich der undeutlichen Formulierung bedient hat.

Fraglich ist aber, ob eine Einfügung einer allgemeinen Unklarheitenregel in den Allgemeinen Teil des BGB als überhaupt wahrscheinlich bzw. rechtlich überzeugend erscheint. Wie gesehen hat sich der BGB-Gesetzgeber in Bezug auf § 313 BGB – wie auch in Bezug auf die Frage nach der Aufnahme einer Unklarheitenregel – ausdrücklich gegen eine solche Regelung in den Motiven zu den Entwürfen zum BGB ausgesprochen.¹⁰⁹⁵

In Hinsicht auf die konkrete Frage zur Aufnahme einer allgemeinen Unklarheitenregel als weitere allgemeine Auslegungsregel lässt sich jedoch einwenden, dass mit der Aufnahme einer allgemeinen Unklarheitenregel das Willensdogma der (allgemeinen) Auslegung unterlaufen werden könnte. Das generelle Ziel, das gesprochene Wort nicht als Haupttrichtschnur zu verwenden, würde unterlaufen.¹⁰⁹⁶ Stattdessen würde der Wortlaut einer Erklärung dergestalt zur Haupttrichtschnur der Auslegung gemacht werden, dass stets zulasten desjenigen ausgelegt werden würde, der sich einer unklaren bzw. undeutlichen Formulierung bedient hätte – gleich welcher Vertragsumstände oder Ähnlichem.¹⁰⁹⁷ Der Wille, der mit der Formulierung eigentlich zum Ausdruck kommen sollte, wäre insoweit zweitrangig, da maßgebend wäre, ob die Formulierung mehrdeutig wäre.

Die Verfasser des BGB hatten indes eine genaue Vorstellung, wie im Rahmen der Auslegung die (allgemeinen) Auslegungsnormen ausgestaltet werden sollten. Der Gesetzgeber wollte dem Richter gerade keine Belehrungen über praktische Logik erteilen, welche sich bereits aus dem gesunden Menschenverstand ergeben

¹⁰⁹³ Siehe zur Systematik des BGB etwa *Wertenbruch*, BGB Allgemeiner Teil, § 2 Rn. 1 ff.

¹⁰⁹⁴ Dass die österreichische Unklarheitenregel hier als Vorbild fungiert, liegt daran, dass diese ausführlich im Vorfeld thematisiert wurde und insoweit als bekannt vorausgesetzt werden kann.

¹⁰⁹⁵ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437, S. 490; *HKK-BGB/Meyer-Pritzl*, §§ 313–314 Rn. 1 ff.; Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155; *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 254.

¹⁰⁹⁶ *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 254, S. 274.

¹⁰⁹⁷ *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 254.

würden.¹⁰⁹⁸ Da eben jene Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) bis heute unverändert in ihrer Generalität fortgelten, erscheint es fragwürdig, die damaligen Erwägungsgründe vollends zu verwerfen und schlicht eine weitere allgemeine Auslegungsregel aufzunehmen. Hätte für den Gesetzgeber nämlich das Bedürfnis bestanden, an den allgemeinen Auslegungsregeln etwas zu ändern, hätten ausreichend Möglichkeiten der Einwirkung auf die Auslegungsmaximen bestanden.¹⁰⁹⁹ Vor diesem Hintergrund wird die Aufnahme einer allgemeinen Unklarheitenregel nicht nur für unwahrscheinlich, sondern auch für rechtlich nicht erforderlich gehalten.

2. Kodifizierung einer *besonderen* Unklarheitenregel – Gesetzesänderung?

Fraglich ist, ob eine Kodifizierung einer *besonderen* Unklarheitenregel ausschließlich für Fälle von unklaren automatisierten Willenserklärungen in Betracht käme. Die Frage stellt sich, weil in den Motiven des BGB eine Unklarheitenregel für *besondere* Fälle am Platze sein kann.¹¹⁰⁰

Die Kodifizierung einer *besonderen* Unklarheitenregel für automatisierte Willenserklärungen im deutschen BGB erfordert einen Gesetzesentwurf, welcher bestimmten inhaltlichen Vorgaben entsprechen muss. Hierzu zählen insbesondere Ausführungen zum Problem und Ziel des Gesetzesentwurfs, ein Lösungsvorschlag, mögliche Alternativlösungen, die Offenlegung der erforderlichen Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand sowie des Erfüllungsaufwands.¹¹⁰¹ Anschließend könnte der Gesetzesentwurf in Form einer Gesetzesinitiative von der Bundesregierung, vom Bundesrat oder von Mitgliedern aus der Mitte des Bundestages (mindestens 5 % der Abgeordneten oder eine Fraktion) in den Deutschen Bundestag eingebracht werden, wodurch das Gesetzgebungsverfahren in Gang gesetzt werden würde.¹¹⁰²

Als mögliches Ziel könnte ein Gesetzesentwurf die Aufstellung von Neuregelungen für automatisierte Willenserklärungen im deutschen BGB zum Gegen-

¹⁰⁹⁸ Kötz, FS Zeuner, 1994, S. 219 (S. 228).

¹⁰⁹⁹ Nicht zuletzt etwa durch die Digitale-Inhalte-Richtlinie, Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019.

¹¹⁰⁰ Dass automatisierte Willenserklärungen unter die genannten besonderen Fälle subsumiert werden können, würde im Vorstehenden erörtert. Schubert, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 254.

¹¹⁰¹ Siehe hierzu bspw. https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Diskussionsentwurf_Neuregelung_Schriftformerfordernis_Gewerbemietrecht.html (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

¹¹⁰² Zum Ablauf eines Gesetzgebungsverfahrens siehe bspw. https://www.bundesrat.de/DE/aufgaben/gesetzgebung/verfahren/verfahren-node.html;jsessionid=40DDAC24CBAE2EF93FEBCCB0702DE12A.2_cid382#doc4353670bodyText1 (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

stand haben. Neben einer Legaldefinition könnten sich Regelungen zum rechtlichen Rahmen sowie zum Gang der Auslegung als denkbar erweisen. Hierzu müsste im BGB ein neuer (Unter-)Abschnitt eingefügt werden, welcher explizit Regelungen für automatisierte Willenserklärungen aufstellt. Vorstellbar wäre dies bspw. im Nachgang zu „Titel 2. Willenserklärung“ nach § 144 BGB – Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts.

Mit der Einfügung derartiger Neuregelungen müsste indessen auch ein tatsächliches Problem auf Ebene des Rechtsverkehrs gelöst werden. Das Problem könnte möglicherweise darin bestehen, dass automatisierte Willenserklärungen ein Phänomen des 21. Jahrhunderts darstellen und das BGB mit seinen Regelungen aus dem 20. Jahrhundert als aus der Zeit gefallen erscheint und etwaige rechtliche Spezifika nicht sachgerecht zu lösen vermag. Da jedoch automatisierte Willenserklärungen unstreitig als „normale“ Willenserklärungen klassifiziert werden, ermöglicht auch das ältere BGB eine sachgerechte Lösung, sodass dies kein zu lösendes „Problem“ darstellen kann.¹¹⁰³ Hinsichtlich der Frage, inwieweit es einer Legaldefinition von automatisierten Willenserklärungen bedarf, muss entgegnet werden, dass das BGB bereits keine Legaldefinition einer „normalen“ Willenserklärung kennt.¹¹⁰⁴ Problematisch erscheint damit lediglich die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen. Denkbar wären Neuregelungen zur Auslegung von automatisierten Willenserklärungen. Allerdings bedarf es hinsichtlich der „regulären“ Auslegung keiner Neuregelungen, da auf die Normen §§ 133, 157 BGB abgestellt werden kann. Insofern bestünde kein Regelungsbedarf.

Lediglich die Normierung einer *besonderen* Unklarheitenregel wäre diskutabel. Hierzu fänden sich bereits Literaturstimmen, welche ein solches Vorgehen unterstützen könnten.¹¹⁰⁵ Eine derartige Neuregelung könnte mithin wie folgt lauten.

§ XY BGB

Zweifel bei der Auslegung automatisierter Willenserklärungen gehen zulasten des Verwenders.

Damit wäre festgelegt, dass bei der Verwendung von unklaren automatisierten Willenserklärungen eine pauschale Auslegung gegen den Verwender „droht“. In gewisser Weise bestünde Rechtsklarheit, da der Anwendungsbereich dem Wortlaut nach ausschließlich auf automatisierte Willenserklärungen beschränkt wäre. Das Problem der Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen erscheint insoweit lösbar. Ein vergleichbarer Gesetzesentwurf müsste jedoch die

¹¹⁰³ Siehe BGH NJW 2005, S. 53 (S. 54); m.w.N. Köhler, AcP 182 (1982), S. 128, S. 133 f.; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 256.

¹¹⁰⁴ Wertenbruch, BGB Allgemeiner Teil, § 6 Rn. 3.

¹¹⁰⁵ Siehe bspw. Grüneberg/Ellenberger, § 133 Rn. 23, 26a; MüKoBGB/Busche, § 133 Rn. 29; StaudingerBGB/Herrler, § 133 Rn. 63; NK-BGB/Looschelders, § 133 Rn. 89; BeckOGK BGB/Möslein, § 133 Rn. 93.

Alternative der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB zwangswise thematisieren. Diese vermag zu dem gleichen Ergebnis zu gelangen wie eine etwaige Kodifizierung einer *besonderen* Unklarheitenregel. Aufwand und Ertrag würden in keinem Verhältnis stehen, auch wenn prinzipiell eine Kodifizierung einer besonderen Unklarheitenregel für automatisierte Willenserklärungen als zulässig erscheinen kann.¹¹⁰⁶ Die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB bietet insoweit eine geeignete Alternative, sodass die für den Gesetzesentwurf bzw. die Neuregelung erforderlichen Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand und auch der Erfüllungsaufwand aus Kostengründen nicht zu rechtfertigen wären. Einschränkungen in der Rechtssicherheit wären zudem nicht zu befürchten, da die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB im Rahmen der Auslegung zuverlässig herangezogen werden kann.

3. Stellungnahme

Grundsätzlich kann über die Kodifizierung einer *besonderen* Unklarheitenregel für automatisierte Willenserklärungen nachgedacht und auch diskutiert werden. Der Standpunkt der Untersuchung vermag sich indessen aber nicht zu ändern, sodass die Kodifizierung einer *besonderen* Unklarheitenregel für automatisierte Willenserklärungen abgelehnt wird. Dies liegt insbesondere daran, dass die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB für geeignet gehalten wird, Fälle von unklaren bzw. zweifelhaften automatisierten Willenserklärungen im Rahmen der Auslegung zu regeln. Mithin wird die Ansicht vertreten, dass im BGB bereits ein rechtlicher Rahmen für die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen besteht und insofern der Bedarf für Neuregelungen nicht gesehen wird. Vielmehr scheint die Rechtsgeschäftslehre den Anforderungen, welche der automatisierte Vertragsschluss an die Rechtsordnung stellt, im Großteil gewachsen.¹¹⁰⁷ Ein weiterer Punkt gegen die Kodifizierung einer *besonderen* Unklarheitenregel ist der, dass diese auch nicht aus Gründen der Rechtssicherheit nötig erscheint. Denn nur weil eine bestimmte Regelung allein im Wege der Analogie anwendbar ist, begründet dies per se noch keinen Rechtsnachteil für den Rechtsanwender. Vielmehr schließt die Analogie Rechtslücken und beseitigt rechtliche Widersprüche.¹¹⁰⁸ Die Kodifizierung einer *besonderen* Unklarheitenregel würde mithin etwas festschreiben, was bereits im Wege der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB Anwendung findet.

¹¹⁰⁶ Vgl. hierzu *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155; *Schubert*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 254.

¹¹⁰⁷ So auch *Sutschet*, NJW 2014, S. 1041 (S. 1046).

¹¹⁰⁸ *Köbler*, Zielwörterbuch europäischer Rechtsgeschichte, S. 26 f.

III. Ergebnis

Nach der hier vertretenen Ansicht bestehen *de lege lata* keine geschriebenen oder ungeschriebenen Auslegungsgrundsätze, welche dazu geeignet wären, ein der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB gleichwertiges Auslegungsergebnis zu präsentieren. Vom Standpunkt *de lege ferenda* hat sich sowohl die Kodifizierung einer allgemeinen und auch besonderen Unklarheitenregel als auch die Geltung eines ungeschriebenen Auslegungsgrundsatzes *contra proferentem* als nicht sinnvoll erwiesen.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse

Der Arbeit lag die Untersuchung zugrunde, ob die in § 305c Abs. 2 BGB verankerte Unklarheitenregel auf automatisierte Willenserklärungen analog anwendbar ist. In drei Kapiteln wurde die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB einer rechtlichen Prüfung unterzogen, die Analogie vor dem Hintergrund der Rechtsökonomie sowie im Rechtsvergleich zu Österreich betrachtet und abschließend *de lege lata* und *de lege ferenda* untersucht, inwieweit bereits geeignete Auslegungsmaximen bestehen oder vom Gesetzgeber noch erst geschaffen werden sollten.

Das erste Kapitel befasste sich zwar grundsätzlich mit der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB. Jedoch beinhaltete das Kapitel auch Ausführungen zur „allgemeinen“ Auslegung von automatisierten Willenserklärungen – der Umgang mit Auslegungszweifeln blieb insoweit zunächst außer Betracht. Insbesondere die Auslegung „wie AGB“ wurde hierbei thematisiert. Da automatisierte Willenserklärungen mit AGB nicht nur den „unbestimmten anonymen Personenkreis“ gemeinsam haben, sondern darüber hinaus auch das Kriterium der Vorformulierung, können diese objektiv ausgelegt werden.¹¹⁰⁹ Dies bedeutet, dass nicht mehr der individuelle Empfängerhorizont von Bedeutung ist, sondern sich die Auslegung von automatisierten Willenserklärungen nach Maßgabe der Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Kundenkreises auszurichten hat.¹¹¹⁰

Der Abschnitt zur Auslegung von zweifelhaften bzw. unklaren automatisierten Willenserklärungen befasste sich sodann mit der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB. Zunächst wurden hierzu die Vertreter der Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB samt ihren jeweiligen Erörterungen vorgestellt. Hierbei fiel auf, dass zunächst § 5 AGBG allein auf den wirksamen Zugang einer Erklärung und sodann erst auf die Auslegung einer Erklärung bezogen wurde.¹¹¹¹ Erst *Christian Paefgen* leitete den Rechtsgedanken ab, dass Zweifel bezüglich der Auslegung von (ver)mittels moderner Informations- und Kommunikationstechniken abgegebenen Willenserklärungen zulasten des Verwenders gehen.¹¹¹² Einer rechtlichen

¹¹⁰⁹ So BeckOGK BGB/*Möslein*, § 133 Rn. 93 f.; MüKoBGB/*Busche*, § 133 Rn. 25; NK-BGB/*Looschelders*, § 133 Rn. 89; Grüneberg/*Ellenberger*, § 133 Rn. 26a; *Paulus*, JuS 2019, S. 960 (S. 964).

¹¹¹⁰ Vgl. BGHZ 22, S. 90 (S. 113); m.w.N. MüKoBGB/*Basedow*, § 305c Rn. 34 f.

¹¹¹¹ Vgl. *Köhler*, AcP 182 (1981), S. 126 ff.; *Friedmann*, Bildschirmtext und Rechtsgeschäftslehre, S. 5, S. 29 ff.

¹¹¹² *Paefgen*, JuS 1988, S. 592.

Überprüfung wurde diese Ansicht jedoch nicht unterworfen, sondern diese wurde vielmehr „blind“ von der Kommentarliteratur übernommen.¹¹¹³

Vor diesem Hintergrund wurde in dieser Arbeit insbesondere der Frage nachgegangen, ob unklare automatisierte Willenserklärungen analog § 305c Abs. 2 BGB ausgelegt werden können bzw. inwieweit die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB rechtlich zulässig ist. Hierzu wurde zunächst die Unvollständigkeit des Gesetzes thematisiert. Dieser Abschnitt beinhaltete weitgehend Ausführungen zur Historie und der Entwicklung der allgemeinen Unklarheitenregel. Von besonderer Bedeutung war in diesem Zusammenhang, dass die römischen Auslegungsmaximen *ambiguitas contra stipulatorem* und *ambiguum pactum contra venditorem et locatorem* als Ausgangspunkt für jede weitere Unklarheitenregel fungieren.¹¹¹⁴ Insofern ist die Unklarheitenregel in § 305c Abs. 2 BGB keine Erfindung des deutschen Gesetzgebers, sondern hat ihre Wurzeln im römischen Recht.¹¹¹⁵ Dass bereits im römischen Recht mittels der Auslegungsmaximen von *ambiguitas contra stipulatorem* und *ambiguum pactum contra venditorem et locatorem* der Formulierungsverantwortung Rechnung getragen wurde, erscheint als eine wertvolle Erkenntnis.¹¹¹⁶

Neben dem römischen Recht hatte die Untersuchung aber auch das gemeine Recht¹¹¹⁷ und einzelne Kodifikationen des 18./19. Jahrhunderts (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, Sächsisches BGB)¹¹¹⁸ zum Gegenstand. Von Interesse war hierbei, dass der Unklarheitenregel stets eine Rolle im Rahmen der Auslegung zukam. Diese Rolle verschwand jedoch mit der Entstehung des deutschen BGB. Die Verfasser des BGB hielten die Aufnahme einer Unklarheitenregel mit den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen für unvereinbar und ver sagten ihr eine Kodifizierung.¹¹¹⁹ Als Grund wurde unter anderem vorgebracht,

¹¹¹³ Grüneberg/Ellenberger, § 133 Rn. 26a; MüKoBGB/Busche, § 133 Rn. 29; StaudingerBGB/Herrler, § 133 Rn. 63; NK-BGB/Loosholders, § 133 Rn. 89; BeckOGK BGB/Möslein, § 133 Rn. 93.

¹¹¹⁴ Siehe hierzu unter anderem Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 11 ff.; Honsell, FG Max Kaser, 1986, S. 73 ff.; Behrends, FS G. Otte, 2005, S. 458; Troje, Ambiguitas contra stipulatorem, S. 128; Krampe, ZS 1983, S. 199.

¹¹¹⁵ So Krampe, Die Unklarheitenregel, S. 1 ff.

¹¹¹⁶ Näheres hierzu im ersten Kapitel unter dem Abschnitt Römisches Recht.

¹¹¹⁷ Näheres hierzu im ersten Kapitel unter Gemeinem Recht.

¹¹¹⁸ Siehe bspw. ALR I.4. §§ 65–74: Auslegung der Willenserklärungen oder ALR I.5. §§ 252–269: Auslegungsregeln. Abrufbar unter anderem bei <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/ALR1 fuer die preussischen Staaten 1794 Teil 1.htm> (zuletzt geprüft am 12.15.2023); Hattenhauer/Schäfer, Sächsisches BGB, §§ 809–813 Rn. 11 (abruflbar unter <https://gepris.dfg.de/gepris/OCTOPUS/?module=gepris&task=showDetail&context=projekt&id=198627044>, zuletzt geprüft am 12.05.2023); Siebenhaar/Pöschmann, Kommentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, II S. 104.

¹¹¹⁹ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155; Schubert, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission

dass nicht klar sei, ob die Unklarheitenregel als Strafvorschrift oder als Wahrscheinlichkeitsrechnung zu verstehen sei.¹¹²⁰ Das BGB wollte insofern keine Erfahrungssätze aufnehmen, die dem Richter „Belehrungen über praktische Logik“ erteilen.¹¹²¹

Im nächsten Schritt wurde die historische Entwicklung der Unklarheitenregel im AGB-Recht erörtert. Es wurde festgestellt, dass AGB – wie wir sie heute kennen – ihren Ursprung in der Zeit der Industrialisierung und im 18./19. Jahrhundert haben.¹¹²² Mit der Standardisierung von Produktionsprozessen ging auch die Standardisierung der vertraglichen Bedingungen einher.¹¹²³ Die Verwendung von AGB wurde allgegenwärtig – insbesondere auf Ebene des Versicherungsrechts.¹¹²⁴ Mit ihnen wuchs allerdings auch das Risiko eines ungleichen Kräfteverhältnisses zwischen den Vertragsparteien, sodass die Unklarheitenregel vor allem auf Ebene von AGB von besonderer Bedeutung war.¹¹²⁵ Insoweit entschied auch die Rechtsprechung, dass die Unklarheitenregel auf Fälle von AGB zu beschränken sei.¹¹²⁶ In den 1960er Jahren traten schließlich verstärkt Reformbestrebungen auf, die eine gesetzliche Regelung für das Recht der AGB forderten.¹¹²⁷ In diesem Zusammenhang war für die Untersuchung von Interesse, dass eine Unklarheitenregel für AGB kodifiziert werden sollte. Sowohl die damalige Bundesregierung als auch die Fraktion von CDU/CSU brachten einen Gesetzesentwurf für ein AGB-Gesetz ein.¹¹²⁸ Die Reformbestrebungen mündeten in der Novellierung eines AGBG im Jahre 1976.¹¹²⁹ Fortan war in § 5 AGBG die Regelung enthalten, dass „Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen [...] zu Lasten des Verwenders [gehen]“. Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2001 wurde § 5 ABGB in § 305c Abs. 2 BGB überführt.¹¹³⁰ Die Unter-

¹¹²⁰ zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 254.

¹¹²¹ *Kötz*, FS Zeuner, 1994, S. 219 (S. 228); *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155; *Schubert*, Die Vorlage der Redakteuren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB AT, Teil 2, S. 254.

¹¹²² *Kötz*, FS Zeuner, 1994, S. 219 (S. 228); *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 436.

¹¹²³ *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 26 ff.; *MüKoBGB/Basedow*, Vorbemerkung § 305 Rn. 1 ff.

¹¹²⁴ *Danz*, Die Auslegung von Rechtsgeschäften, S. 160 ff.

¹¹²⁵ Vgl. bspw. RGZ 18, S. 143 (S. 144); 116, S. 274 (S. 276); 120, S. 18 (S. 20).

¹¹²⁶ RGZ 131, S. 343 (S. 350); MDR 1962, S. 979.

¹¹²⁷ Ulmer/Brander/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, Einleitung BGB Rn. 13.

¹¹²⁸ BT-Drucks. 7/3200; BT-Drucks. 7/3919.

¹¹²⁹ Bundesgesetzblatt Teil I, Z 1997 A, ausgegeben zu Bonn am 15. Dezember 1976, Nr. 142.

¹¹³⁰ BT-Drucks. 14/6040.

suchung hat sodann mit dem Ergebnis geschlossen, dass das Gesetz in Bezug auf eine Unklarheitenregel für automatisierte Willenserklärungen unvollständig ist.

Die Unvollständigkeit müsste, damit eine Analogie statthaft ist, auch das Element der Planwidrigkeit erfüllen. Hierzu wurde nochmals auf die vorstehenden Ausführungen zur Regelungsabsicht des BGB- bzw. auch des AGBG-Gesetzgebers zurückgegriffen. Hinsichtlich einer allgemeinen Unklarheitenregel musste von einer planmäßigen Unvollständigkeit ausgegangen werden. Daneben war auch die Regelungsabsicht des § 305c Abs. 2 BGB derart eng gefasst, dass auch hier erneut von einer planmäßigen Unvollständigkeit die Rede sein musste. Allerdings fand sich sodann ein „Schlupfloch“ in den Entwürfen zum BGB.¹¹³¹ Die Motive zum BGB sprechen nämlich davon, dass die Aufstellung einer Unklarheitenregel – soweit darin eine Strafvorschrift zu finden ist – für gewisse Fälle – insbesondere auf dem Gebiet des Versicherungsrechts – am Platze sei, der Regel eine allgemeine Berechtigung aber nicht zukommen sollte.¹¹³² Deshalb wurde untersucht, inwieweit automatisierte Willenserklärungen mit dem Versicherungsrecht als solches vergleichbar sind, sodass für diese eine besondere Unklarheitenregel vertretbar wäre. Die Untersuchung kam zu dem Ergebnis, dass beide Themenfelder gemeinsam haben, dass die Erklärungen sich nicht nur jeweils an einen unbestimmten, anonymen Personenkreis richten, sondern darüber hinaus auch ein gewisses Risiko in sich tragen, eine Vertragspartei zu benachteiligen. In jedem Fall ist der individuelle Kunde schützenswert, da dieser aufgrund der vorherrschenden Massenverträge Einschnitte in seinen Rechten befürchten muss. Im Ergebnis konnte damit nicht mehr von einer planmäßigen Unvollständigkeit ausgegangen werden, sodass im Umkehrschluss das Element der Planwidrigkeit bejaht wurde.

Im letzten Abschnitt des Kapitels wurde daraufhin noch die Wertungsgleichheit der Sachverhalte untersucht. Den geregelten Sachverhalt bildeten die Auslegung von unklaren AGB, den ungeregelten die Auslegung von unklaren automatisierten Willenserklärungen. Es wurde festgestellt, dass geregelter und ungeregelter Sachverhalt in den für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Hinsichten übereinstimmen und insoweit weder absolut gleich noch absolut ungleich sind. Zwar verstößt die Anwendung der Norm des § 305c Abs. 2 BGB gegen die Normensystematik und den gesetzgeberischen Willen von § 305c Abs. 2 BGB. Je doch ist die Anwendung von § 305c Abs. 2 BGB auf unklare automatisierte Wil-

¹¹³¹ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

¹¹³² Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

lenserklärungen mit dem Normzweck von § 305c Abs. 2 BGB vereinbar.¹¹³³ Infolge dieser Vereinbarkeit und aufgrund von einschlägigen historischen Aspekten, die für die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB sprechen, kann eine hinreichende Ähnlichkeit der Fälle und damit die Wertungsgleichheit angenommen werden. Demnach konnte von einer Wertungsgleichheit der Sachverhalte ausgegangen werden. Für die Anwendung der Unklarheitenregel auf unklare automatisierte Willenserklärungen bedeutete dies, dass eine Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB als rechtlich zulässig angesehen wurde.

Das zweite Kapitel beschäftigte sich mit der Rechtsökonomie und einem Rechtsvergleich zu Österreich. Beides fand vor dem Hintergrund statt, zusätzliche Argumente für die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB zu finden.

Der Abschnitt zur Rechtsökonomie betrachtete die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB insbesondere aus der Sicht des Prinzips des „cheapest cost avoider“.¹¹³⁴ Fraglich war, ob der Verwender von automatisierten Willenserklärungen unter dieses Prinzip subsumiert werden konnte. Es wurden diesbezüglich der rechtsökonomische Faktor des „Schutzes des Schwächeren“¹¹³⁵ und die Einflussnahmemöglichkeiten auf die Vertragsgestaltung betrachtet. Als Ergebnis wurde festgehalten, dass es der Verwender von automatisierten Willenserklärungen ist, der Unklarheiten am einfachsten vermeiden kann. Vor allem aus dem Gedanken der Risikoverteilung mündete die Untersuchung in dem Ergebnis, dass der Verwender von unklaren automatisierten Willenserklärungen als der „cheapest cost avoider“ angesehen werden kann.¹¹³⁶ Die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB erscheint damit aus rechtsökonomischer Sicht sinnvoll. Es wird derjenige „sanktioniert“, der die Unklarheit am einfachsten vermeiden kann. Daneben wird durch die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB in verhaltensökonomischer Sicht der Anreiz gesetzt, klarer zu formulieren, um einer Auslegung zu den eigenen Lasten zu umgehen.¹¹³⁷ Aus rechtsökonomischer Sicht ist die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB mithin zu befürworten.

In einem zweiten Schritt wurde ein Rechtsvergleich zu Österreich vorgenommen. Dies bot sich vor allem deshalb an, da das österreichische ABGB eine allgemeine Unklarheitenregel in § 915 ABGB kodifiziert hat. Zunächst wurde deshalb kurz die Entstehungsgeschichte präsentiert und deren Entwicklung erörtert.

¹¹³³ Luther, JA 2013, S. 449 (S. 451); Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 381 f.; Paulus, JuS 2019, S. 960 (S. 964); MüKoBGB/Busche, § 133 Rn. 25.

¹¹³⁴ Siehe hierzu bspw. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, S. 252 ff.

¹¹³⁵ Siehe hierzu Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, XLI–XLIII.

¹¹³⁶ Calabresi, The Cost of Accidents, S. 135 ff.; Posner, Guido Calabresi's 'The Cost of Accidents': A Reassessment, S. 16; NK-BGB/Jung, § 313 Rn. 76 f.; MüKoBGB/Finkenauer, § 313 Rn. 69; Calabresi, The Cost of Accidents, S. 135 ff.

¹¹³⁷ BT-Drucks. 7/5422, S. 5.

Die Aufnahme einer allgemeinen Unklarheitenregel im österreichischen Zivilgesetz stand dabei – im Gegensatz zum deutschen BGB – nie zur Diskussion. In einem zweiten Schritt konzentrierte sich die Untersuchung auf den Anwendungsbereich der Unklarheitenregel des § 915 2. Fall ABGB, bevor sich sodann mit der Frage auseinandergesetzt wurde, ob das österreichische ABGB automatisierte Willenserklärungen kennt. Im Ergebnis hieß es sodann, dass das österreichische BGB automatisierte Willenserklärungen nicht nur kennt, sondern diesen auch die allgemeine Unklarheitenregel als Auslegungsregel offenhält.¹¹³⁸ Die Suche nach einschlägigen Urteilen zur Anwendung der Unklarheitenregel auf automatisierte Willenserklärungen verlief indessen befundlos. Der Rechtsvergleich zeigt demnach „nur“, dass eine (allgemeine) Unklarheitenregel nicht zu den vom BGB-Gesetzgeber genannten Befürchtungen und Ängsten führen muss, sondern seine Stellung in einem Zivilgesetz verdienen kann. Insoweit stützt der Rechtsvergleich generell die Anwendung einer Unklarheitenregel im Rahmen der Auslegung auch von automatisierten Willenserklärungen.

Im letzten Kapitel wurde *de lege lata* und *de lege ferenda* untersucht, inwieweit geeignete Auslegungsmaximen bereits bestehen oder noch erst zu kodifizieren sind. Von Interesse war insbesondere die Frage, inwieweit die Unklarheitenregel einen Unterfall zu § 157 BGB darstellen kann und ob nicht bereits das Reichsgericht im Jahre 1902 ein maßgebliches *Obiter Dictum* zur Unklarheitenregel verfasst hat.¹¹³⁹ Die Untersuchung des Urteils des Reichsgerichts ergab, dass die Unklarheitenregel jedenfalls „nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine bindende Rechtsnorm nicht bildet, sondern nur insofern maßgebend sein kann, als sie im einzelnen Fall dem Grundsätze von Treu und Glauben nach der Auffassung des Rechtslebens gemäß § 157 [BGB] entspricht“.¹¹⁴⁰ Indem das Reichsgericht rechtliche Ausführungen zur Urteilsfindung vornahm, die über das Erforderliche hinausgingen und auf denen das Urteil dementsprechend nicht beruht, wurde vom Vorliegen eines *Obiter Dictum* zu der Unklarheitenregel ausgegangen.¹¹⁴¹ In der Konsequenz bedeutet dies, dass zwar dem *Obiter Dictum* keine unmittelbare Rechtswirkung zukommt, es jedoch indirekt auf zukünftige Entscheidungen von Gerichten oder Gesetzgebern beeinflussend einwirken oder als Argumentationshilfe genutzt werden kann.¹¹⁴² Für die pauschale Auslegung von

¹¹³⁸ Vgl. bspw. OGH 6 Ob 36/20t; siehe hierzu *Janisch*, Unternehmensrecht, E-Business, Elektronisch geschlossene Verträge. Anmeldepflichtig abrufbar unter https://360.lexisnexis.at/d/lexisbriefings/elektronisch_geschlossene_vertrage/h_80004_275600009884423809_cbb05d6190?searchid=20220915124256703&page=1&index=1&origin=r1 (zuletzt geprüft am 12.05.2023).

¹¹³⁹ So HKK-BGB/*Vogenauer*, §§ 305–310 Rn. 30, Fn. 143 zu RGZ 53, S. 59 (S. 60).

¹¹⁴⁰ RGZ 53, S. 59 (S. 60).

¹¹⁴¹ Siehe RGZ 53, S. 59 (S. 60).

¹¹⁴² Vgl. *Lamprecht*, NJW 1998, S. 1039–1041; *Korch*, ZGR 2021, S. 867–903.

unklaren automatisierten Willenserklärungen erscheint die Auslegung über Treu und Glauben hingegen ungeeignet, da eine Auslegung über § 157 BGB nur im Einzelfall zu einer Auslegung zugunsten des Verwenders von automatisierten Willenserklärungen führen kann. Eine Alternative zur Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB ist dies nicht. Weiter wurde diskutiert, ob das Restriktionsprinzip als Alternative zur Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB geeignet wäre. Dies wurde jedoch abgelehnt, da auch hier wieder keine einheitliche Auslegung gewährleistet werden kann. Lediglich belastende unklare automatisierte Willenserklärungen könnten zugunsten des Verwenders ausgelegt werden.¹¹⁴³

De lege ferenda wurde erörtert, ob nicht die Kodifizierung einer *allgemeinen* und/oder *besonderen* Unklarheitenregel in Betracht käme. Hinsichtlich einer *allgemeinen* Unklarheitenregel konnte schnell zu dem Ergebnis gelangt werden, dass dies aufgrund der Motive und Entwürfe zum BGB nicht mit der Regelungsabsicht des historischen BGB-Gesetzgebers bzw. mit dem generellen System der Auslegung vereinbar ist.¹¹⁴⁴ In Bezug auf die Aufstellung einer *besonderen* Auslegungsregel bestand mehr Diskussionsbedarf. Nichtsdestotrotz erscheint die Aufstellung einer *besonderen* Auslegungsregel für unklare automatisierte Willenserklärungen nicht erstrebenswert. Vor allem aus ökonomischen Gesichtspunkten ist ein Rückgriff auf die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB zielführender. Etwaige Kosten für eine Gesetzesinitiative wären nicht zu rechtfertigen. Demnach besteht *de lege ferenda* ebenfalls keine vorzugswürdige Alternative zur Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB.

Im Ergebnis ist damit die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB und deren Anwendung auf unklare automatisierte Willenserklärungen zu befürworten. Die Ansicht wurde insoweit einer rechtlichen Prüfung unterzogen. Für die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB sprechen des Weiteren die Rechtsökonomie sowie der Rechtsvergleich zu Österreich. Daneben bestehen derzeit weder *de lege lata* noch *de lege ferenda* geeignete Auslegungsmaximen, die zu dem gleichen Ergebnis wie die Analogie zu § 305c Abs. 2 BGB gelangen könnten.

Die Untersuchung ergibt somit, dass die in § 305c Abs. 2 BGB verankerte Unklarheitenregel im Wege der Analogie auf unklare automatisierte Willenserklärungen anwendbar ist.

¹¹⁴³ Vgl. bspw. Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau*, § 305c Rn. 138.

¹¹⁴⁴ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, S. 437; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, S. 155.

Literaturverzeichnis

- Albrecht*, Michael v.: Meister römischer Prosa von Cato bis Apuleius; Interpretationen, 3. Auflage, Tübingen (1999).
- Albrecht*, Peter (Hrsg.)/*Bartels*, Hans-Jochen (Hrsg.)/*Brand*, Oliver (Hrsg.): Prinzipien der Auslegung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen, Karlsruhe (2015).
- Assmann*, Heinz-Dieter/*Kirchner*, Christian/*Schanze*, Erich: Ökonomische Analyse des Rechts mit Beiträgen von Calabresi, Coase, Posner und anderen, Tübingen (1993).
- Babusiaux*, Ulrike (Hrsg.)/*Baldus*, Christian (Hrsg.)/*Ernst*, Wolfgang (Hrsg.)/*Meissel*, Franz-Stefan (Hrsg.)/*Platschek*, Johannes (Hrsg.)/*Rüfner*, Thomas (Hrsg.): Handbuch des Römischen Privatrechts, Tübingen (2023).
- Babusiaux*, Ulrike: *Id quod actum est*. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess, München (2006).
- Baumann*, Wolfgang: Ökonomie und Recht – Ökonomische Effizienzjurisprudenz, RNotZ 2007, S. 297–308.
- Beckmann*, Roland Michael (Hrsg.)/*Matusche-Beckmann*, Annemarie (Hrsg.): Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Auflage, München (2015).
- Behrends*, Otto: Die Unklarheitenregel des römischen Rechts – Rechtsphilosophischer Ursprung und juristische Ausarbeitung eines erfolgreichen Auslegungsprinzips, in: Baumann, Wolfgang (Hrsg.)/Dickhuth-Harrach, Hans Jürgen von (Hrsg.)/Marotze, Wolfgang (Hrsg.), Gesetz Recht Rechtsgeschichte, Festschrift Gerhard Otte zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 457–480.
- Behrends*, Otto (Hrsg.)/*Knütel*, Rolf (Hrsg.)/*Kupisch*, Berthold (Hrsg.)/*Seiler*, Hans Hermann (Hrsg.): Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Digesten 11–20, Heidelberg (1999).
- Behrends*, Otto (Hrsg.)/*Knütel*, Rolf (Hrsg.)/*Kupisch*, Berthold (Hrsg.)/*Seiler*, Hans Hermann (Hrsg.): Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Digesten 1–10, Heidelberg (1995).
- Bollenberger*, Raimund (Hrsg.): ABGB: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 3. Auflage, Wien u. a. (2010).
- Bork*, Reinhard: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Auflage, Tübingen (2016).
- Braegelmann*, Tom (Hrsg.)/*Kaulartz*, Markus (Hrsg.): Rechtshandbuch Smart Contracts, München (2019).
- Brauneder*, Wilhelm: Europäische Privatrechtsgeschichte, Wien (2013).

- Brauneder*, Wilhelm: Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), Eine europäische Privatrechtskodifikation, Band I: Entstehung und Entwicklung des ABGB bis 1900, Berlin (2014).
- Brauneder*, Wilhelm: Das österreichische ABGB: Eine neuständische Kodifikation, in: Klingenbergs, Georg (Hrsg.)/Rainer, Joh. Michael (Hrsg.)/Stiegler, Herwig (Hrsg.), VESTIGIA IURIS ROMANI, Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992, S. 67–80.
- Bühren*, Hubert W. van (Hrsg.): Handbuch Versicherungsrecht, 7. Auflage, Bonn (2017).
- Bydlinski*, Peter (Hrsg.)/*Kerschner*, Ferdinand (Hrsg.): Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Wien (2018).
- Calabresi*, Guido: The Cost of Accidents, A Legal an Economic Analysis, Students Edition, Yale (1970).
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage, Berlin (1983).
- Clemens*, Rudolf: Die elektronische Willenserklärung – Chancen und Gefahren, NJW 1985, S. 1998–2005.
- Crome*, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Einleitung und Allgemeiner Teil, Tübingen u. a. (1900).
- Danz*, Erich: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte – zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage, Jena (1911).
- Dauner-Lieb*, Barbara (Gesamt-Hrsg.)/*Heidel*, Thomas (Gesamt-Hrsg.)/*Ring*, Gerhard (Gesamt-Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil, EBGB, Band 1, 4. Auflage, Baden-Baden (2021).
- Dernburg*, Heinrich: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Halle an der Saale (1902).
- Dernburg*, Heinrich: Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Halle an der Saale (1880).
- Dobbertin*, Malte: Zur Auslegung der Stipulation im klassischen Römischen Recht, Zürich (1987).
- Ehrenzweig*, Armin: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 6. Auflage, Wien (1925).
- Eisenhardt*, Ulrich: Zum subjektiven Tatbestand der Willenserklärung – Aktuelle Probleme der Rechtsgeschäftslehre, JZ 1986, S. 875–881.
- Engisch*, Karl: Einführung in das juristische Denken, 12. Auflage, Stuttgart (2018).
- Enneccerus*, Ludwig (Begr.): Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts: ein Lehrbuch, 15. Auflage, Tübingen (1959).
- Fateh-Moghadam*, Bijan/*Zech*, Herbert (Hrsg.): Transformative Technologien, Wechselwirkungen zwischen technischem und rechtlichem Wandel, Baden-Baden (2021).
- Fenyves*, Attila (Hrsg.)/*Kerschner*, Ferdinand (Hrsg.)/*Vonkilch*, Andreas (Hrsg.): Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, 3. Auflage, Wien (2016).

- Fezer, Karl-Heinz (Hrsg.)/Büscher, Wolfgang (Hrsg.)/Obergfell, Eva Inés (Hrsg.): Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 3. Auflage, München (2016).
- Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Berlin (1992).
- Friedmann, Stefan: Bildschirmtext und Rechtsgeschäftslehre, Bonn (1986).
- Gandolfi, Giuseppe: Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano, Milano (1966).
- Gast, Wolfgang: Juristische Rhetorik, 5. Auflage, Heidelberg (2015).
- Gilles, Stephen G.: Negligence, Strict Liability, and the Cheapest Cost-Avoider, Virginia Law Review, Vol. 78, No. 6 (Sep. 1992), S. 1291–1375.
- Grüneberg, Christian: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 82. Auflage, München (2023).
- Gsell, Beate (Gesamt-Hrsg.)/Krüger, Wolfgang (Gesamt-Hrsg.)/Lorenz, Stephan (Gesamt-Hrsg.)/Reymann, Christoph (Gesamt-Hrsg.): beck-online.Grosskommentar BGB, Stand 01.01.2023, München (2023).
- Hähnchen, Susanne: Rechtsgeschichte: Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit, 6. Auflage, Heidelberg (2021).
- Harrasowsky, Philipp Harras Ritter von: Geschichte der Codifikation des österreichischen Civilrechtes, Frankfurt (1968).
- Harrasowsky, Philipp Harras Ritter von: Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Wien (1883).
- Hau, Wolfgang (Hrsg.)/Poseck, Roman (Hrsg.): Beck Online-Kommentar BGB, 65. Edition (Stand 01.02.2023), München (2023).
- Hausmänner, Herbert/Selb, Walter: Römisches Privatrecht, 7. Auflage, Wien u.a. (2014).
- Hellwege, Phillip: Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, Tübingen (2010).
- Hennrichs, Joachim (Hrsg.)/Kleindiek, Detlef (Hrsg.)/Watrín, Christoph (Hrsg.): Münchner Kommentar zum Bilanzrecht, 5. Ergänzungslieferung, München, September (2014).
- Hensen, Horst-Diether: Zur Entstehung des AGB-Rechts, in: Heldrich, Andreas (Hrsg.)/Schlechtriem, Peter (Hrsg.)/Schmidt, Eike (Hrsg.), Recht im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, Festschrift für Helmut Heinrichs zum 70. Geburtstag, Horst-Diether Hensen: München 1998, S. 335–354.
- Heun, Sven-Erik: Die elektronische Willenserklärung, CR 1994, S. 595–600.
- Hoeren, Thomas (Hrsg.)/Sieber, Ulrich (Hrsg.)/Holznagel, Bernd (Hrsg.): Handbuch Multimedia-Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 58. Ergänzungslieferung, München (2022).
- Hofmann, Franz: Der maßgeschneiderte Preis – Dynamische und individuelle Preise aus lauterkeitsrechtlicher Sicht, WRP 2016, S. 1074–1081.

- Honsell*, Heinrich: Ambiguitas contra stipulatorem, in: Benöhr, Hans-Peter (Hrsg.)/Hackl, Karl (Hrsg.)/Knütel, Rolf (Hrsg.)/Wacke, Andreas (Hrsg.), *Iuris professio, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien u. a. 1986, S. 73–88.
- Höra*, Knut (Hrsg.)/*Schubach*, Arno (Hrsg.): *Münchner Anwalts Handbuch Versicherungsrecht*, 5. Auflage, München (2022).
- Jakobs*, Horst Heinrich (Hrsg.)/*Schubert*, Werner (Hrsg.): *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil §§ 1–240*, Berlin u. a. (1985).
- Janal*, Ruth: Die Flugbuchung für „Mr. Noch unbekannt“ und andere widersprüchliche Erklärungen im elektronischen Geschäftsverkehr, *AcP* 215 (2015), S. 830–854.
- Jansen*, Nils (Hrsg.)/*Zimmermann*, Reinhard (Hrsg.): *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford (2018).
- Jörs*, Paul: *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, Berlin (1888).
- Kannowski*, Bernd/*Schmidt-Kessel*, Martin (Hrsg.): *Geschichte des Verbraucherrechts*, Jena (2017).
- Kaser*, Max (Begr.)/*Knütel*, Rolf/*Lohsse*, Sebastian: *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, 22. Auflage, München (2021).
- Kling*, Michael: Sprachrisiken im Privatrechtsverkehr: Die wertende Verteilung sprachbedingter Verständnisrisiken im Vertragsrecht, Tübingen (2008).
- Knütel*, Rolf (Hrsg.)/*Kupisch*, Berthold (Hrsg.)/*Rüfner*, Thomas (Hrsg.)/*Seiler*, Hans Hermann (Hrsg.): *Corpus Iuris Civilis*, Text und Übersetzung, Digesten 28–34, Heidelberg (2012).
- Köbler*, Gerhard: *Zielwörterbuch europäischer Rechtsgeschichte*, 4. Auflage, Gießen (2007).
- Köhler*, Helmut: *BGB Allgemeiner Teil*, 46. Auflage, München (2022).
- Köhler*, Helmut: Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, *AcP* 182 (1982), S. 128–170.
- Köhler*, Markus/*Fetzer*, Thomas: *Recht des Internet*, 8. Auflage, Heidelberg (2016).
- Korch*, Stefan: Obiter Dicta in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht, *ZGR* 2021, S. 867–903.
- Kosche*, Kevin: Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law, Tübingen (2011).
- Kötz*, Hein: Vertragsauslegung, Eine rechtsvergleichende Skizze, in: Bettermann, Karl August (Hrsg.)/Löwisch, Manfred (Hrsg.)/Otto, Hansjörg (Hrsg.)/Schmidt, Karsten (Hrsg.), *Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 1994, S. 219–241.
- Koziol*, Helmut (Hrsg.)/*Welser*, Rudolf (Hrsg.): *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht und Familienrecht, 14. Auflage, Wien (2014).
- Kramer*, Ernst A.: *Juristische Methodenlehre*, 6. Auflage, München (2019).

- Krampe, Christoph: Die ambiguitas-Regel: Interpretatio contra stipulatorem, venditorum, locatorem, SZ 1983, S. 185–228.
- Krampe, Christoph: Die Unklarheitenregel: Bürgerliches und römisches Recht, Berlin (1983).
- Krókowski, Georgiu (Hrsg.)/Steffen, Victor (Hrsg.)/Strzelecki, Ladislaus (Hrsg.): Symbolae Raphaeli Taubenschlag Dedicatae III, Vratislavia (1957).
- Kunkel, Wolfgang/Schermaier, Martin: Römische Rechtsgeschichte, 14. Auflage, Köln (2005).
- Lamprecht, Rolf: Obiter dictum – Arabeske oder Ballast?, NJW 1998 S. 1039–1041.
- Langheid, Theo/Rixecker, Roland/Gal, Jens/Grote, Joachim: Versicherungsvertragsgesetz mit Einführungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung, Kommentar, 7. Auflage, München (2022).
- Langheid, Theo (Hrsg.)/Wandt, Manfred (Hrsg.): Münchner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1, 3. Auflage, München (2022).
- Larenz, Karl: Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik, JZ 1962, S. 105–110.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Heidelberg (1995).
- Leonhard, Franz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, AcP 120 (1922), S. 14–140.
- Leske, Franz: Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und das Preußische Allgemeine Landrecht, Berlin u. a. (2021).
- Leyens, Patrick C./Heiss, Stefan/Soritz, Lukas: Smart Contracts im unternehmerischen Rechtsverkehr (B2B), JBl Heft 3 vom 25.03.2022, S. 137–154.
- Lindacher, Walter F. (Hrsg.)/Pfeiffer, Thomas (Hrsg.): AGB-Recht Kommentar, 7. Auflage, München (2020).
- Logue, Kyle/Slemrod, Joel: Of Coase, Calabresi, and Optimal Tax Liability, Law & Economics Working Papers Archive: 2003–2009, University of Michigan Law School (2009).
- Luther, Christoph: Die juristische Analogie, JA 2013, S. 449–453.
- Manigk, Alfred: Willenserklärung und Willensgeschäft: ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch; ein System der juristischen Handlungen, Berlin (1907).
- Mäsch, Gerald: Zur Auslegung contra proferentem und zum Schadensersatz wegen Nichtnominierung zu den Olympischen Spielen, JuS 2012, S. 352–354.
- Meder, Stephan: Rechtsgeschichte, 7. Auflage, Wien u. a. (2017).
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens: Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage, Heidelberg (2017).
- Mehrings, Josef: Vertragsabschluss im Internet, Eine Herausforderung für das „alte“ BGB, MMR 1998, S. 30–33.

- Mellulis*, Klaus-J.: Zum Regelungsbedarf bei der elektronischen Willenserklärung, MMR 1994, S. 109–114.
- Meyer*, Olaf: Contra Proferentem?, ZHR 174 (2010), S. 108–143.
- Mittelstädt*, Morten: Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen. Eine Kritik des herrschenden Methodendualismus, Tübingen (2016).
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin u. a. (1888).
- Mugdan*, Benno (Hrsg.): Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Berlin (1979).
- Neschwara*, Christian (Hrsg.): Die ältesten Quellen zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABGB, Wien u. a. (2012).
- Neuner*, Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Auflage, München (2023).
- Oermann*, Paul: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, Berlin (1927).
- Ofner*, Julius (Hrsg.): Der Ur-Entwurf und die Berathungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, Wien (1889).
- Paefgen*, Thomas Christian: Form: Bildschirmtext – Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre?, JuS 1988, S. 592–598.
- Paefgen*, Thomas Christian: Bildschirmtext aus zivilrechtlicher Sicht – Die elektronische Anbahnung und Abwicklung von Verträgen, Wien u. a. (1988).
- Paulus*, David/*Matzke*, Robin: Smart Contracts und das BGB – Viel Lärm und nichts?, ZfPW 2018, S. 431–466.
- Porat*, Ariel/*Strahilevitz*, Jacob: Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data, Michigan Law Review 112 (2014), S. 1417–1478.
- Posner*, Richard A.: Economic Analysis of Law, 2. Auflage, Boston (1977).
- Posner*, Richard A.: Guido Calabresi's „The Cost of Accidents“: A Reassessment, 64 Maryland Law Review 12 (2005), S. 12–23.
- Posner*, Richard A.: Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Limits, and Related Limitations on the Freedom to Contract, Texas Law Review, Vol. 83, No. 7 (2005), S. 1581–1608.
- Prütting*, Hanns (Hrsg.)/*Wegen*, Gerhard (Hrsg.)/*Weinreich*, Gerd (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 17. Auflage, Hürth (2022).
- Raff*, Thomas/*Seybold*, Steffen: Jubiläumsbeitrag: 200 Jahre ABGB, StudZR 2012, S. 351–364.
- Raiser*, Ludwig: Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1–8.
- Raiser*, Ludwig: Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg (1935).
- Reimer*, Franz: Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, Baden-Baden (2020).
- Rüffer*, Wilfried/*Halbach*, Dirk/*Schimikowski*, Peter (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden (2020).

- Rummel, Peter (Hrsg.): Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit IPR-Gesetz, Ehegesetz, Mietrechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Landpachtgesetz, Konsumentenschutzgesetz, Produkthaftungsgesetz, UN-Kaufrecht, 2. Auflage, Wien (1990).
- Rummel, Peter: Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, Wien (1972).
- Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)/Rixecker, Roland (Hrsg.)/Oetker, Hartmut (Hrsg.)/Limpert, Bettina (Hrsg.): Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, München (2018).
- Savigny, Friedrich Carl von: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Berlin (1853).
- Saxoferrato, Bartolus de: Commentaria: in primam ff. (digesti) Veteris partem, Lugdunum (1538).
- Schinkels, Boris: BGH: Auslegung automatisierter Angebots- und Annahmeerklärungen, LMK 2013, S. 343–553.
- Schlinker, Steffen: Rechtsgeschichte, München (2021)
- Schmoeckel, Mathias (Hrsg.)/Rückert, Joachim (Hrsg.)/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.): Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 2. Teilband, §§ 305–432, Tübingen (2007).
- Schneider, Jochen (Hrsg.): Handbuch des EDV-Rechts, IT-Recht mit IT-Vertragsrecht, Datenschutz, Rechtsschutz und E-Business, 5. Auflage, Köln (2017).
- Schönberger, Otto (Hrsg.): Marcus Porcius Cato, Vom Landbau, Fragmente, 2. Auflage, Düsseldorf u. a. (2000).
- Schreiber, Kristina (Hrsg.): Digitale Angebote Neuer Rechtsrahmen für ihre Entwicklung von der Idee bis zum Vertrieb, München (2020).
- Schubert, Werner (Hrsg.): Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin (1981).
- Schwacke, Peter: Juristische Methodik mit Technik der Fallbearbeitung, 5. Auflage, Stuttgart (2011).
- Schwimann, Michael (Hrsg.)/Kodek, Georg (Hrsg.): ABGB: Praxiskommentar, 5. Auflage, Wien (2021).
- Schwimann, Michael (Begr.)/Neumayr, Matthias (Hrsg.): ABGB Taschenkommentar mit EheG, EPG, KSchG, ASVG und EKHG, 5. Auflage, Wien (2020).
- Siebenhaar, Eduard/Pöschmann, Magnus: Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen II, Das Recht der Forderungen, Leipzig (1869).
- Sodan, Helge/Ziekow, Jan: Grundkurs Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungsrecht, 9. Auflage, München (2020).
- Soergel, Hans Theodor (Begr.)/Lindemann (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, 13. Auflage, München (2003).
- Specht, Louisa/Herold, Sophie: Roboter als Vertragspartner? Gedanken zu Vertragsabschlüssen unter Einbeziehung automatisiert und autonom agierender Systeme, MMR 2018, S. 40–44.

- Spindler, Gerald (Hrsg.)/Schuster, Fabian (Hrsg.): Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage, München (2019).*
- Stadler, Astrid: Keine Online-Flugbuchung für Passagier „noch unbekannt“, NJW 2017, S. 3092–3093.*
- Stadler, Astrid: Allgemeiner Teil des BGB, 21. Auflage, München (2022).*
- Stadler, Astrid: Vertragsschluss übers Internet – Nicht mit „Mr. Noch unbekannt“, JA 2013, S. 465–467.*
- Stammler, Rudolf: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Berlin (1897).*
- Staudinger, Julius von (Begr.): Staudinger Sonderedition der §§ 305–310, UKlaG, AGB-Recht, Kommentar, Berlin (2013).*
- Staudinger, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Eckpfeiler des Zivilrechts, 8. Auflage, Berlin u.a. (2022).*
- Staudinger, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), 13. Bearbeitung, Berlin (1998).*
- Stoffels, Markus: AGB-Recht, NJW Praxis, 4. Auflage, München (2021).*
- Stürner, Rolf (Hrsg.): Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: BGB mit Rom-I, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EuUnthVO/HuntProt und EuErbVO, 18. Auflage, München (2021).*
- Sulzer, Matthias: Zugang elektronischer Willenserklärungen – durch neue Technologien reformbedürftig?, ELSA Austria Law Review C 2020, S. 58–66.*
- Sutschet, Holger: Anforderungen an die Rechtsgeschäftslehre im Internet, Bid Shielding, Shill Bidding und Mr. Noch Unbekannt, NJW 2014, S. 1041–1136.*
- Terbille, Michael (Begr.): Münchner Anwalts Handbuch Versicherungsrecht, 5. Auflage, München (2022).*
- Titze, Heinrich: Die Lehre vom Mißverständnis: Eine zivilrechtliche Untersuchung, Berlin (1910).*
- Troje, Hans Erich: Ambiguitas contra stipulatorem, Freiburg (1960).*
- Ulmer, Peter (Begr.)/Hensen, Horst-Diether (Begr.)/Brandner, Hans-D. (Begr.): AGB Recht, 13. Auflage, Köln (2022).*
- Veljanovski, Cento: Economic Principles of Law, Cambridge (2007).*
- Vogenauer, Stefan: Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent I/II, Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen, Tübingen (2001).*
- Vollmer, Dietrich: Auslegung und „Auslegungsregeln“, Berlin (1990).*
- Voltelini, Hans von: Der Codex Theresianus im österreichischen Staatsrat, Festschrift zur Jahrhundertwende des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, Wien, 1. Juni 1911, S. 33–82.*
- Vonglis, Bernhard: La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique, Paris (1967).*

- Wacke, Andreas:* Das Rechtssprichwort des Monats: Ambiguitas contra stipulatorem, JA 1981, S. 666–668.
- Wagner, Gerhard/Eidenmüller, Horst:* In der Falle der Algorithmen? Abschöpfen von Konsumentenrente, Ausnutzen von Verhaltensanomalien und Manipulation von Präferenzen: Die Regulierung der dunklen Seite personalisierter Transaktionen, ZfPW 2019, S. 220–246.
- Wandruszka, Adam:* Leopold II.: Erzherzog von Österreich, Grossherzog von Toskana, König von Ungarn und Böhmen, Römischer Kaiser, Wien u. a. (1965).
- Wandt, Manfred:* Versicherungsrecht, 6. Auflage, München (2016).
- Watson, Alan (Hrsg.):* The Digest of Justinian, Translation, Volume 4, Philadelphia (1985).
- Weber, Klaus (Hrsg.):* Rechtswörterbuch, 24. Auflage, München (2022).
- Wehrt, Klaus:* Das ökonomische Vertragsmodell: Theorie und Anwendung, KritV 75 (1992), S. 358–373.
- Wellspacher, Moriz:* Das Naturrecht und das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Festschrift zur Jahrhundertwende des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, Wien, S. 173–208.
- Wertenbruch, Johannes:* BGB Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München (2021).
- Wesener, Gunter:* Die Rolle des Usus modernus pandecatrum im Entwurf des Codex Theresianus, in: Köbler, Gerhard (Hrsg.)/Nehlsen, Hermann (Hrsg.), Wirkungen europäischer Rechtskultur, Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag, S. 1363–1388.
- Westermann, Harm Peter (Hrsg.)/Grunewald, Barbara (Hrsg.)/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.):* Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG und WEG, 16. Auflage, Köln (2020).
- Westphalen, Friedrich Graf von (Hrsg.)/Thüsing, Gregor (Hrsg.):* Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 48. Auflage, München (2022).
- Wilhelm, Alexander:* Smart Contracts im Zivilrecht – Teil II, WM 2020, S. 1849–1896.
- Willem, Constantin:* Justinian als Ökonom: Entscheidungsgründe und Entscheidungsmuster in den quinquaginta decisiones, Wien u. a. (2017).
- Willem, Constantin:* „Urbanes“ Mietrecht? Der römische Wohnungsmarkt zwischen Preismechanismus und Intervention, ZRG RA 136 (2019), S. 233–270.
- Wolf, Joseph Georg:* Error im römischen Vertragsrecht, Köln u. a. (1961).
- Zander-Hayat, Helga/Reisch, Lucia A./Steffen, Christine:* Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, VuR 2016, S. 403–410.
- Zankl, Wolfgang:* E-Commerce-Gesetz, 2. Auflage, Wien (2015).

Stichwortverzeichnis

- AGBG** 83 ff., 85, 89 ff., 92
Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) 27 ff., 75 ff., 78, 174 ff.
Ambiguitas contra stipulatorem 49, 50 ff., 60, 189
Ambiguum pactum contra venditorem et locatorem 49, 56 ff., 203
Analogie 34, 44 ff., 129 ff.
Auslegung 26 ff., 32 ff., 48 ff., 157 ff., 177 ff.
Auslegungsregeln 103 ff., 178 ff.
Auslegungszweifel 34 ff.
Automatisierte Willenserklärung 15 ff., 26 ff., 106 ff., 112, 192 f.
- Calabresi** 144 ff., 148 ff.
Cheapest cost avoider 142, 144 ff., 146 ff.
Computererklärung 19
- Das preußische Allgemeine Landrecht** 65 ff., 161
De lege ferenda 196 ff.
De lege lata 187 ff.
- Elektronisch übermittelte Willenserklärung** 18
Elektronische Willenserklärung 18
Elektronischer Geschäftsverkehr 19, 32, 126, 131, 183
- Gemeines Recht** 62 ff.
- In dubio contra proferentem** 62 ff., 193 ff.
Kodifizierung 70 ff., 196 ff., 198 ff.
Naturrecht 161 ff.
Planwidrigkeit 47, 97 ff.
Rechtsökonomie 136 ff.
Rechtsvergleich 156 ff.
Regelungsabsicht 17, 33, 48 ff., 97 ff.
Regelungslücke 45 f.
Römisches Recht 49 ff., 160 ff.
- Sächsisches BGB** 65, 67 ff.
Schlupfloch 102 ff., 205
Strafvorschrift 107 f.
- Unklarheitenregel** 49 ff., 65 ff., 73 ff., 75 f., 78, 85 ff., 89, 139 ff., 182
Unvollständigkeit 46, 48 ff.
- Versicherungsrecht** 109 ff., 111
Versicherungsschein 21
Vorformulierung 30 f., 61, 65, 69
- Wahrscheinlichkeitsrechnung** 73, 95, 99, 107 ff.
Wertungsgleichheit der Sachverhalte 47, 119 ff.
Willenserklärung 26 ff.