

Berlin, März 2012
Stellungnahme Nr. 23/2012
abrufbar unter www.anwaltverein.de

Vorschlag des Deutschen Anwaltvereins
durch seinen Zivilrechtsausschuss

zur

Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutschen Rechts
durch Änderung des AGB-Rechts für den
unternehmerischen Rechtsverkehr

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, Köln (Vorsitzender und Berichterstatter)

Rechtsanwalt Dr. Markus Beaumart, Köln

Rechtsanwalt Dr. Rupert Bellinghausen, Frankfurt

Rechtsanwalt Dr. Tobias Heinrich Boecken, Berlin

Rechtsanwalt Dr. Christian Bereska, Celle

Rechtsanwalt Dr. Axel Funk, Stuttgart

Rechtsanwalt Dr. Roland Hoffmann-Theinert, Berlin

Rechtsanwältin Dr. Sylvia Kaufhold, Dresden

Rechtsanwalt Jörn H. Linnertz, Bremen

Rechtsanwalt Dr. Michael Schultz, Karlsruhe (BGH)

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Christine Martin

Verteiler:

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie

Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen des Deutschen Bundestages

Bundesministerium der Justiz, Berlin

Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e.V., Berlin

Bundesverband der Freien Berufe, Berlin

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin

Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland

Bundesnotarkammer, Berlin

Deutscher Notarverein e.V., Berlin

Deutscher Richterbund e.V., Berlin

Deutscher Steuerberaterverband e.V., Berlin

Vorstand des Deutschen Anwaltvereins

Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins, Berlin und Brüssel

Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft im DAV

Zivilrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins e.V.

Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins, Berlin

Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin

Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen

Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln

Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der DAV regt an, § 310 BGB zu ändern und wie folgt zu fassen (Änderungen gegenüber dem bisherigen Gesetzestext sind kursiv gesetzt):

§ 310 BGB Anwendungsbereich

- (1) *§§ 305 bis 309 finden auf Vertragsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden, nur mit folgender Maßgabe Anwendung:*
1. *Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor,*
 - (a) *wenn über den Vertrag zwischen den Parteien im Einzelnen verhandelt worden ist oder*
 - (b) *soweit über Vertragsbedingungen zwischen den Parteien zuvor im Einzelnen verhandelt worden ist, auch wenn gleichlautende Vertragsbedingungen ohne erneute Verhandlungen unverändert in einen neuen Vertrag zwischen denselben Parteien übernommen werden.*
 2. *§ 305 Abs. 2 und 3 sowie die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung. § 307 Abs. 1 und 2 bleiben unberührt.*
 3. *Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 und 2 liegt nicht vor, wenn die Bedingung unter Berücksichtigung des Gesamtinhalts des Vertrages und der den Vertragsschluss begleitenden Umstände sowie der Gegebenheiten des betroffenen Wirtschaftszweigs von vernünftiger unternehmerischer Praxis nicht erheblich abweicht.*
 4. *Die andere Vertragspartei kann sich auf eine Unwirksamkeit gemäß § 307 Abs. 1 und 2 nicht berufen, wenn sie entgegen den Geboten von Treu und Glauben*
 - (a) *Verhandlungen im Sinne der Nummer 1 (a) nicht verlangt oder*
 - (b) *ein Angebot des Verwenders zu Verhandlungen im Sinne der Nummer 1 (a) nicht angenommen hat;**dies gilt nicht für den Fall des § 307 Abs. 1 Satz 2.*
- (2) *In den Fällen des Absatzes 1 findet § 307 Abs. 1 und 2 auf Verträge, in die die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist, in Bezug auf eine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen keine Anwendung.*
- (3) *Die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung auf Verträge der Elektrizitäts-, Gas-, Fernwärme- und Wasserversorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderabnehmern mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser aus dem Versorgungsnetz,*

soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tariffkunden mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser abweichen. Satz 1 gilt entsprechend für Verträge über die Entsorgung von Abwasser.

- (4) Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit folgenden Maßgaben Anwendung:
1. Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden;
 2. § 305c Abs. 2 und die §§ 306 und bis 309 dieses Gesetzes sowie Artikel 46b des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche finden auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte;
 3. bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 sind auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen.
- (5) Dieser Abschnitt findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen. Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen. § 305 Abs. 2 und 3 ist nicht anzuwenden. Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen stehen Rechtsvorschriften im Sinne von § 307 Abs. 3 gleich.

Vorbemerkung

In jüngerer Zeit ist von verschiedenen Seiten eine teils lautstarke Diskussion darüber geführt worden, ob das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) für den Rechtsverkehr zwischen Unternehmen in Deutschland sachgerecht geregelt ist. Dabei geht es nicht um die Anforderungen an die Einbeziehung von AGB in den Vertrag, sondern um die Voraussetzungen der sogenannten Inhaltskontrolle und deren Anwendung. Der DAV legt hiermit einen zwischen den bekannt gewordenen Änderungsvorschlägen und der Verteidigung des geltenden Rechts vermittelnden Vorschlag vor. Mit diesem Vorschlag zur Änderung des AGB-Rechts verfolgt der DAV nicht die Interessen einzelner Wirtschaftsunternehmen oder Wirtschaftszweige. Zwar sind Rechtsanwälte von Berufswegen Interessenvertreter, sie vertreten ja doch in ihren Mandaten typischerweise – abgesehen von Sondermaterien wie etwa dem Straf- oder Steuerrecht – unterschiedliche Interessen. Stellungnahmen des DAV zu Gesetzgebungsvorhaben oder Anregungen zu gesetzgeberischen Maßnahmen, wie die vorliegende, sind deshalb nicht durch das Interesse einzelner Unternehmen oder Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsverbände geleitet, sondern durch das Verständnis des DAV von richtigem Recht und zweckmäßigen gesetzlichen Regelungen. Dieses Verständnis ist im vorliegenden Zusammenhang maßgebend geprägt durch das vorherrschende Prinzip der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit. Über dessen Bedeutung für den vorliegenden Zusammenhang und damit auch über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der vorgeschlagenen Regelung bestehen auch im DAV unterschiedliche Meinungen. Der Vorschlag wird im Einzelnen wie folgt begründet:

Begründung

Mit dem „Bündnis für deutsches Recht“ und der Initiative „Law made in Germany“ soll die internationale Akzeptanz des deutschen Rechts gefördert und verbessert werden. Nicht zuletzt diesem Ziel dient die Gesetzesinitiative des Bundesrats, in internationalen Handelssachen Englisch als Gerichtssprache für die Tatsacheninstanzen einzuführen.¹ Die Sprache der Gerichtsverfahren ist aber keineswegs der einzige und nicht einmal der gewichtigste Grund, der in der internationalen Wahrnehmung gegen die Wahl deutschen Rechts spricht. Viel gewichtiger sind die Beschränkungen und Unsicherheiten, die sich aus dem deutschen AGB-Recht für den unternehmerischen Rechtsverkehr ergeben. Solange hier keine Änderung erfolgt, wird denn auch dem mit der Gesetzesinitiative des Bundesrats verfolgten Ziel jede Erfolgsaussicht abgesprochen.² In der Tat ist das AGB-Recht so, wie es von der Rechtsprechung auf den unternehmerischen Rechtsverkehr angewandt wird, mit den berechtigten Anliegen und Bedürfnissen des kaufmännischen Verkehrs nicht vereinbar. Eine Änderung ist erforderlich. Eine solche Änderung, wie sie hier vorgeschlagen wird, ist mit den Prinzipien des AGB-Rechts in jeder Hinsicht voll vereinbar (dazu unten S. 10 f.) und berührt insbesondere in keiner Weise den Verbraucherschutz. Jedenfalls im unternehmerischen Rechtsverkehr dient das AGB-Recht nicht pauschal dem Schutz des wirtschaftlich Schwächeren. Vielmehr dient es dem Schutz des Geschäftspartners des Verwenders, für den es unmöglich oder unzumutbar sein kann, bestimmte vorformulierte Bedingungen im Einzelnen zu prüfen und zu verhandeln oder gar auszuhandeln („situative Unterlegenheit“, dazu auch unter „Gesamtwürdigung“).

§ 310 Abs. 1 BGB (und seine Vorläufernorm, § 24 AGBG) sollte die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im unternehmerischen Rechtsverkehr gegenüber dem, was für Verbraucherverträge gilt, beschränken und dadurch das AGB-Recht mit den Bedürfnissen des kaufmännischen Rechts- und Geschäftsverkehrs kompatibel machen. Dies ist aus den im Folgenden zu nennenden Gründen mit der Vorschrift des § 310 Abs. 1 BGB nicht gelungen. Als Folge davon wählen auch deutsche Großunternehmen, und zwar auch in Verträgen, in denen ihre Verhandlungsposition gleich stark oder stärker ist als die der anderen Seite, häufig ein ausländisches Recht, oft das Schweizer Recht. Diese „Flucht aus dem deutschen Recht“ ist ein Phänomen, welches in jüngerer Zeit zu einer intensiveren Diskussion und zu Vorschlägen zur Änderung des AGB-Rechts für den unternehmerischen Verkehr geführt hat.³ Der DAV schließt sich diesen Wünschen mit dem hier formulierten und näher zu begründenden Vorschlag an. Dazu ist vorab Folgendes hervorzuheben:

- (1) Dieser Vorschlag berührt in keiner Weise den Verbraucherschutz. Er betrifft ausschließlich den unternehmerischen Rechtsverkehr – business to business, b2b.
- (2) Die durch das AGB-Recht provozierte Flucht ins ausländische Recht stellt einen bedauerlichen Bedeutungsverlust für das deutsche Recht dar, weil mit der Wahl des ausländischen Rechts zugleich die Wertordnung des deutschen Rechts zugunsten derjenigen anderer Rechtsordnungen verdrängt wird. Zu dieser Wertordnung gehört die im – unternehmerischen Rechtsverkehr anders als nach dem AGB-Recht in der bisherigen Judikatur – sachgerecht begrenzte Privatautonomie und Vertragsfreiheit und die gelungene Ausfüllung offengebliebener Fragen durch das dispositive Recht. Gerade dieses geht durch die Wahl eines ausländischen Rechts, oft zum Nachteil eines deutschen Vertragsbeteiligten, verloren.

¹ BR-Drucksache 42/10.

² S. nur Stubbe, ZRP 2010, 195.

³ Zuletzt Leuschner, JZ 2010, 875.

- (3) Die jedenfalls bei Großunternehmen bekannten Mängel des deutschen Rechts, die sich mit der AGB-Inhaltskontrolle verbinden, bedeuten einen Wettbewerbsnachteil für die deutsche Wirtschaft, der in ihrer eigenen Rechtsordnung sachgerechte, ihren Bedürfnissen entsprechende und rechtssichere Gestaltungen verschlossen sind. Das deutsche Recht – insbesondere mit seinem (dies sei wiederholt) außerhalb des AGB-Rechts gelungenen Gefüge von zwingendem und dispositivem Recht – ist nach Überzeugung des DAV den konkurrierenden Rechtsordnungen ebenbürtig und in vieler Beziehung überlegen. Überlegen ist es immer dann, wenn sich die Beteiligten bei Verträgen geringeren Volumens mit der Vereinbarung der Essentialia begnügen und im Übrigen auf die Ausfüllungsfunktion des geltenden Rechts vertrauen. Nach der gegenwärtigen Sachlage muss aber festgestellt werden, dass das deutsche Recht als Folge der AGB-Inhaltskontrolle für viele Projekte, bei denen die Beteiligten die Einzelzeiten regeln wollen, ungeeignet und international nicht wettbewerbsfähig ist. Im Interesse der Wahrung der Wertordnung des deutschen Rechts sollte es aber auch für solche Projekte international wettbewerbsfähig werden.
- (4) Es ist vorgeschlagen worden, einem Positionsverlust des deutschen Rechts im internationalen Rechtsverkehr durch eine Regelung entgegenzuwirken, nach der die AGB-Inhaltskontrolle im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr nicht gelten solle. Wer einen solchen Vorschlag für den internationalen Rechtsverkehr macht, bestätigt damit auch die Ausgangsfeststellung, dass die Vorschriften des deutschen AGB-Rechts international einen Wettbewerbsnachteil darstellen. Konkret ist dieser Vorschlag zur Lösung des Problems ungeeignet, aus zwei Gründen:
- (a) Wenn die AGB-Inhaltskontrolle auch im unternehmerischen Rechtsverkehr ein Qualitätsmerkmal deutschen Rechts wäre, wäre unverständlich, warum sie im internationalen Rechtsverkehr nicht gelten sollte. Nach der Meinung der Verteidiger der geltenden Rechtslage würde dann im internationalen Rechtsverkehr ein deutsches Recht minderer Qualität gelten – das dürfte kaum ein überzeugendes Argument zur Vereinbarung deutschen Rechts sein.
- (b) Überdies würde eine solche Regelung deutsche Unternehmen als potenzielle Lieferanten benachteiligen: Ein Unternehmen, namentlich in grenznahen Gebieten, würde bei sonst gleichwertigen Angeboten einem ausländischen Lieferanten den Vorzug geben, wenn es weiß, dass im Rechtsverkehr mit dem ausländischen Unternehmen das Vereinbarte – unabhängig von seiner Qualifikation als AGB – gilt, einfach deshalb, weil es vereinbart ist, während das Unternehmen bei der Wahl eines inländischen Lieferanten nicht sicher sein kann, dass das, was es für sachgerecht hält, dann auch einer Inhaltskontrolle standhält.

Geschäftstypen und Regelungsinhalte

Bevor in Stichworten die wesentlichen Mängel des AGB-Rechts für den unternehmerischen Verkehr aufgezeigt werden, soll zunächst kurz das breite Spektrum skizziert werden, in dem AGB zwischen Unternehmen zum Einsatz kommen, und zwar sowohl nach Geschäftstypen als auch nach typischen Klauseln.

Geschäftstypen

Ein Geschäftstypus ist der Liefervertrag zwischen Industrie und Handel, in der das unveränderte Produkt vom Hersteller über eine oder mehrere Stufen an den Endverbraucher gelangt. Für die-

sen Geschäftstypus schlägt über den Händlerregress⁴ das Verbrauchervertragsrecht mindestens halb-zwingend auch in den b2b-Bereich durch. Dieser Geschäftstypus wird im Folgenden ausgeklammert. Er kennzeichnet aber nur einen kleinen Ausschnitt aus der Wertschöpfungskette des b2b-Bereichs. Hier geht es vor allem auch um folgende Vertragstypen:

- Zulieferung von Teilen und Dienstleistungen zum Produzenten des endgültigen Produkts und, nicht selten, Zulieferer zu Zulieferern.
- Anlagenbau (z.B.: Kraftwerke, Infrastrukturprojekte)
- Industriebau/Bau von Großprojekten
- Subunternehmerverträge für solche Großprojekte
- Transportverträge (Seefracht/Luftfracht/Güterverkehr zu Lande)
- Verträge über den Erwerb von Investitionsgütern (EDV-Systeme, Werkzeugmaschinen, LKW, Eisenbahnwagen, Flugzeuge, Schiffe)
- Dienstleistungen jeder Art, „Outsourcing“ von Funktionsbereichen
- Unternehmenskäufe
- Finanzierungen

Regelungsinhalte

In der Diskussion um die AGB-Kontrolle stehen Haftungsbeschränkungen und Haftungsfreizeichnungen ganz im Vordergrund. Das ist gewiss ein wichtiges Thema, aber keineswegs das Einzige. Es seien nur einige weitere Beispiele genannt:

- Haftungsverschärfungen, Vertragsstrafen und Verlängerung der Verjährungsfrist (beispielsweise: bei Subunternehmern bis zum Ablauf der Verjährungsfrist für das Hauptwerk)
- Ausschluss von Rügeobliegenheiten (Man denke nur an Zulieferungsteile, die „just in time“ ankommen und direkt eingebaut oder weiterverarbeitet werden müssen)
- Fiktion der Mangelhaftigkeit für eine ganze Charge, wenn einzelne Teile als fehlerhaft identifiziert wurden. Die Lage, in der Derartiges sachlich geradezu zwingend ist, entspricht wiederum der des Zulieferers, dessen Teile „just in time“ ankommen müssen.
- Recht des Käufers oder Bestellers, Mängel auf Kosten des Verkäufers oder Auftragnehmers im eigenen Werk selbst zu beheben.
- Verpflichtung zur Nachlieferung von Ersatzteilen über sehr lange Zeiträume hinweg
- Kündigungsrechte, Verpflichtung, Leistungen auch nach Kündigung aus wichtigem Grund weiter zu erbringen (Notbetriebsvereinbarungen etwa bei Outsourcing von IT Leistungen)
- Haftung für Stillstandskosten bei Verzug mit der Lieferung von Komponenten oder mit auftraggeberseitigen Beistellungen

⁴ §§ 478, 479 BGB.

- Beschränkung der Verpflichtung zum Ersatz von Mangel- oder Mangelfolgeschäden, z.B. Nebenkosten der Nacherfüllung wie Dockkosten des Schiffes, die während einer Reparatur anfallen
- Verlängerungsoptionen bei Dauerschuldverhältnissen
- Preisanpassungsbestimmungen
- stringente Abnahmepflichten („take or pay“) ohne jede Einschränkung, auch bei Wegfall von Umständen, die sonst Geschäftsgrundlage wären, z.B. der Produkte oder Transportleistungen noch zu errichtenden Großprojekte (Industrieanlage, Gaspipeline); die aus solchen Verpflichtungen erwarteten Zahlungsströme sollen oft als Grundlage für die Finanzierung des Projekts dienen.

Haftungsregeln

Da Haftungsbestimmungen im Zentrum der Diskussion stehen, sei – insbesondere mit Blick auf Lieferketten oder Subunternehmerverträge – dazu Folgendes angemerkt:

Bei vielen Geschäftstypen der vorgenannten Art können zwischen Zulieferer und Produzent des endgültigen Produkts oder zwischen Subunternehmer und Hauptunternehmer starke gegenseitige Abhängigkeiten bestehen, und zwar unabhängig davon, ob das Hauptprodukt ein Serienprodukt ist oder eine Großanlage. Typisch ist auch, dass der Zulieferer oder Subunternehmer an dem Gesamtprodukt oft nur mit einem ganz geringfügigen Anteil des Endwertes beteiligt ist, aber ein Fehler in seinem Los das Gesamtobjekt gefährden kann mit der Folge von Haftungsrisiken, die außer jedem Verhältnis zu seinem Interesse an dem Vertrag stehen. Wenn er – unabhängig vom Fahrlässigkeitsgrad – seine Haftung in einer Weise begrenzt, die in einem angemessenen Verhältnis zu der ihm zustehenden Vergütung steht, wird man das nicht als grob unangemessen werten können. Haftungsbegrenzungen, die sich am Auftragsvolumen des Subunternehmers orientieren, sind denn auch z.B. in Subunternehmerverträgen des Anlagenbaus durchaus nicht ungewöhnlich, und zwar selbstverständlich auch und gerade für den Fall der Verletzung von Kardinalpflichten. Es ist auch keinesfalls so, dass in einem solchen Subunternehmer- oder Zulieferer-Verhältnis der Zulieferer ohnehin keine Aussicht hätte, seine AGB durchzusetzen: Der Zulieferer kann ein Großunternehmen sein, welches Teile zum Stückpreis von wenigen Cent für eine Großserie liefert, und dennoch kann ein Defekt dieser Teile zum Ausfall der ganzen Serie führen.

Auch das oft verwendete Argument der Versicherbarkeit⁵ kehrt sich hier um: Der Generalunternehmer (oder Hersteller des Endproduktes) kann das Gesamtrisiko deutlich effizienter versichern als die Subunternehmer oder Zulieferers. Müsste jeder Subunternehmer oder Zulieferer das Risiko eines Ausfalls des Gesamtprodukts versichern, so wäre dasselbe Risiko – wenn auch mit jeweils verschiedenen Verursachungsgründen – mehrfach versichert.

In einer dem Zulieferer ähnlichen Lage befindet sich ein deutsches Unternehmen, das Waren unter Geltung ausländischen Rechts mit dort üblichen Haftungsbegrenzungen kauft und dann –

⁵ Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht Kommentar 11. Aufl. 2011, § 307 Rn. 156 m.w.N.

bearbeitet oder unverändert – an inländische Unternehmen weiterveräußert. Es kann die ihm selbst auferlegten Haftungsbeschränkungen faktisch nicht an seine Abnehmer weitergeben.

Mängel des AGB-Rechts für den b2b-Bereich

Mit der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle bietet das deutsche Recht keinen verlässlichen Rechtsrahmen, auf dessen Grundlage die Beteiligten namentlich von Großprojekten ihre Transaktionen sachgerecht regeln können. Das hat vor allem die folgenden stichwortartig zu benennenden Gründe:

- Extensive Auslegung des Begriffs „allgemeine Geschäftsbedingungen“, insbesondere des Tatbestandselements „für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert“.⁶
In jüngster Zeit wurde aufgrund einer Entscheidung des BGH⁷ zu einem Vertrag zwischen zwei Verbrauchern die Erwartung ausgedrückt, mit dem bisher vernachlässigten weiteren Tatbestandselement des „Stellens“ werde in Zukunft der Anwendungsbereich der AGB-Inhaltskontrolle auf ein sachgerechtes Maß zurückgeführt.⁸ Diese Erwartung teilt der DAV nicht. Der vom BGH entschiedene Fall ist atypisch. Das hier angesprochene Problem der extrem extensiven Auslegung des Begriffs „Vielzahl von Verträgen“ betrifft maßgeschneiderte Bedingungen, die den Bedürfnissen des einzelnen Unternehmens oder der einzelnen Transaktion gerecht werden sollen. Diese werden im Sinne der Rechtsprechung immer „gestellt“, wenn sie denn AGB sind.
- Extrem restriktive Auslegung des Ausnahmetatbestands des Aushandelns (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB). Faktisch verlangt der BGH⁹ eine Änderung gegenüber dem vorgelegten Text. In der Konsequenz bedeutet dies, dass ein Unternehmen, wenn es die Inhaltskontrolle vermeiden will, zunächst einmal Bedingungen vorlegen muss, die es selbst für überzogen hält, um dann Verhandlungsmasse und Spielraum zum Nachgeben zu haben, womit aber nicht sichergestellt ist, dass das Ergebnis nicht wieder AGB wären, wenn man nämlich in Verhandlungen auf einen Text kommt, der wiederum häufig verwendet wird.
- Klauselbezogenheit der Begriffe der AGB und des Aushandelns¹⁰. Es genügt für den AGB-Begriff, wenn die einzelne Klausel für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert ist (und das sind in der Rechtsprechung des BGH mehr als zwei Fälle¹¹), und es genügt nicht, wenn über den Vertrag insgesamt verhandelt wurde, auch in dem Sinne, dass zahlreiche seiner Bestimmungen geändert wurden: Die nicht veränderten Bestimmungen bleiben AGB. Damit bestehen auch ausgehandelte „Paket-Kompromisse“ aus AGB¹².
- Die Indizwirkung¹³ der – ausdrücklich nicht anwendbaren – Verbotskataloge der §§ 308, 309 BGB. Das war und ist nicht der natürliche Sinn von § 24 Satz 2 AGBG (heute § 310

⁶ BGH NJW 2004, 1454 f.

⁷ BGH NJW 2010, 1131.

⁸ Graf v. Westphalen, ZIP 2010, 1110.

⁹ BGH NJW 2000, 1110, 1111 f.

¹⁰ BGH NJW 2003, 1805, 1807; eindrucksvoll in dieser Hinsicht: BGH NJW 2006, 47.

¹¹ BGH NJW 2002, 138 f.; BGH NJW 2004, 1454 f.

¹² Dauner-Lieb/Axer, ZIP 2010, 309, 311.

¹³ BGH NJW 1984, 1750, 1752, bestätigt durch BGH NJW 2007, 3774, 3775.

Abs. 1 Satz 2 BGB). Dessen Sinn bestand vielmehr in einer Klarstellung: Regelungen der in den §§ 308, 309 genannten Art sind nicht deshalb der allgemeinen Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 und 2 entzogen, weil sie in den §§ 308, 309 für Verbraucherverträge verboten sind und diese Verbote im unternehmerischen Verkehr nicht gelten. Damit wird die Berücksichtigung der Besonderheiten und der Bedürfnisse des unternehmerischen Rechtsverkehrs praktisch ausgeschlossen.

- Problematisch ist auch das Beurteilungskriterium, wonach sich die Unangemessenheit nach dem Maß der Abweichung vom dispositiven Recht richtet. Da die Inhaltskontrolle überhaupt nur für Bedingungen gilt, mit denen vom dispositiven Recht abgewichen wird (§ 307 Abs. 3 Satz 1), wird aufgrund dieses Beurteilungskriteriums das Urteil der Unangemessenheit bereits durch die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Inhaltskontrolle in gewissem Sinne indiziert.
- Die vorgenannten Mängel (extensiver Anwendungsbereich, keine Berücksichtigung der Besonderheiten des unternehmerischen Rechtsverkehrs) werden verschärft durch das Prinzip der adressatenunfreundlichsten Auslegung¹⁴ und das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.¹⁵ Diese beiden Grundsätze widersprechen diametral den sonst geltenden allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, einschließlich der §§ 139, 140 BGB. Nach allgemeinen Grundsätzen sind Verträge sinnvoll, interessengerecht und möglichst so auszulegen, dass sie wirksam sind. Diese Grundsätze werden im AGB-Recht in ihr Gegenteil verkehrt. Für Verbraucherverträge ist das – insbesondere in Verbindung mit dem objektiven Verfahren nach dem UKlaG – sachgerecht; für den Bereich b2b ist es dies nicht. Denn einem Unternehmen kann es zugemutet werden, nach Auftreten von Schwierigkeiten die Rechtslage zu überprüfen. Auch die mit dem Verbot geltungserhaltender Reduktion verfolgte generalpräventive Zielsetzung ist für den unternehmerischen Rechtsverkehr nicht sachgerecht. Die Gründe, die im Allgemeinen – außerhalb des AGB-Rechts – für eine interessengerechte wirksamkeitsfreundliche Auslegung und erforderlichenfalls geltungserhaltende Reduktion sprechen, gelten bei der weiten Auslegung des Begriffs AGB durch die Rechtsprechung in derselben Weise für AGB im Bereich b2b. Gerade wegen der Grundsätze der adressatenunfreundlichsten Auslegung und des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion ist es dringend geboten, den sachlichen Anwendungsbereich der AGB-Inhaltskontrolle für den unternehmerischen Rechtsverkehr sachgerecht zu beschränken. Die Aufhebung dieser Grundsätze allein würde dem Änderungsbedarf jedoch nicht genügen.

Verteidigung des geltenden Rechts

Diesen Kritikpunkten wird entgegengehalten:

- (a) Die Beteiligten sollten es doch einfach bei dem dispositiven Recht belassen. Dazu: Abgesehen davon, dass die Grenzen zwischen der Regelung der Essentialia und dem dispositiven Recht fließend sind (siehe nur die Entscheidung zur Verlängerungsoption BGH NJW 2000, 1110), ginge dieser Einwand an der Realität vorbei: Das dispositive Recht ist für die einzelnen Vertragsverhältnisse oft unangemessen – eben deshalb ist es ja dispositiv. Und oft ist es auch nicht eindeutig genug. Gerade deshalb wollen die Parteien im Einzelnen im Voraus regeln, was gelten soll: Sie wissen dann genau, welche Risi-

¹⁴ BGH NJW 2006, 47, 49.

¹⁵ BGH NJW 2000, 1110, 1113.

ken und Verpflichtungen sie für welchen Fall übernehmen. Einigen sie sich nicht, so können sie noch beizeiten von dem Geschäft Abstand nehmen. Aufgrund der AGB-Inhaltskontrolle können sie sich aber doch nicht darauf verlassen, dass das Vereinbarte gilt.

(b) Die Beteiligten sollten eben Individualverträge abschließen. Dazu:

Auch dieser Einwand trifft die Realität nicht, und zwar wegen der extensiven Ausdehnung des Begriffs „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ durch die Rechtsprechung. Wenn ein Generalunternehmer seinen Subunternehmern deckungsgleich die Bedingungen aufgibt, die er mit dem Kunden ausgehandelt hat, sind dies nach der Rechtsprechung im Verhältnis zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer eindeutig AGB, möglicherweise aber nicht im Verhältnis zwischen Generalunternehmer und Auftraggeber, z.B. dann nicht, wenn sie in diesem Verhältnis im Einzelnen ausgehandelt wurden. Auch sonst ist jede wiederholt verwendete Formulierung AGB. Der Vorschlag, solche Regelungen individualvertraglich zu vereinbaren, ist deshalb nicht realisierbar. Das gilt erst recht, wenn man die Qualifikation als Individualvereinbarung von der inhaltlichen Angemessenheit (nach der Beurteilung des Richters) abhängig macht.¹⁶

(c) Der Inhaltskontrolle von AGB bedürfe es zum Schutze des wirtschaftlich Schwächeren. Dazu:

- Verwender der AGB ist keineswegs immer der wirtschaftlich Stärkere. Es kann oft ein kleineres Unternehmen sein, welches allerdings aufgrund seiner Spezialisierung selbst gegenüber einem um ein Vielfaches größeren Unternehmen möglicherweise eine dominierende Verhandlungsposition hat. Dasselbe gilt für die Fälle, in denen der Wechsel zu einem anderen Zulieferer wegen regulatorischer Vorschriften etwa für Kraftfahrzeuge oder Flugzeuge mit einem unverhältnismäßigen Zusatzaufwand für eine geänderte Zulassung verbunden wäre.
- Vor allem aber: Der Schutz des wirtschaftlich Schwächeren müsste in gleicher Weise für Individualverträge gelten.¹⁷ Der Einsatz einer AGB-Inhaltskontrolle zur Kontrolle wirtschaftlicher Macht ist deswegen zweckwidrig. Sachgerecht ist der Schutz des wirtschaftlich Schwächeren eine Aufgabe des Kartellrechts. Wenn die geltenden Instrumente des Kartellrechts (insbesondere §§ 19 Abs. 4 Nr. 2 und 3, 20, 33, 81 GWB) für einen effektiven Schutz nicht genügen, müssten hier entsprechende Änderungen erfolgen. Es ist für die Unternehmen allemal vorzugswürdig, wenn ihnen im Voraus die Verwendung bestimmter Regeln untersagt wird, als wenn sie sich nachträglich von einem Gericht sagen lassen müssen, das, worauf sie sich verlassen und worauf sie ihre Kalkulation gestützt haben, sei unwirksam.

(d) Die Möglichkeit der Verbandsklage sei ein notwendiges Mittel, um einem wirtschaftlich schwachen Zulieferer gegenüber einem übermächtigen Abnehmer zu seinem Recht zu verhelfen, weil es sich nämlich der kleine Zulieferer nicht leisten kann, seinen größten Kunden zu verklagen. Für die Verbandsklage sei aber die generalisierende Auslegung nach den allgemeinen AGB-Prinzipien unverzichtbar. Dazu:

Dies ist wiederum das Thema der Machtkontrolle und würde sich genauso bei Individualverträgen stellen. Auch wenn Individualverträge aufgrund der extensiven Auslegung des

¹⁶ So Graf von Westphalen, KSzW (Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht) 2010, 164.

¹⁷ Siehe auch Leuschner, JZ 2010, 875, 878.

Begriffs AGB durch die Rechtsprechung selbst im unternehmerischen Rechtsverkehr kaum vorkommen, ändert dies doch nichts daran, dass die Begründung dieses Kontrollinstruments nicht trägt, wenn der Grund für die Kontrolle nicht in den Spezifika der AGB, sondern in dem Machtgefälle liegt. Auf § 33 Abs. 2 GWB sei hingewiesen.

- (e) Der Verwender von AGB nehme die vertragliche Gestaltungsfreiheit einseitig für sich in Anspruch und reduziere die andere Seite auf die reine Abschlussfreiheit. Deshalb könnten die allgemeinen Grundsätze der Dispositivität für AGB nicht gelten.

Dazu:

- Es gibt keinen Vertrag ohne Inhalt. Den Einfluss auf den Vertragsinhalt hat eine Vertragspartei gegenüber der anderen immer nur dadurch, dass sie den Abschluss ablehnt, wenn der Inhalt nicht geändert wird. Vor dem Hintergrund der extensiven Auslegung des Begriffs AGB und des Anwendungsbereichs der Inhaltskontrolle überzeugt dieses Argument deshalb nicht.
- Der Adressat von AGB – in dem durch die Rechtsprechung weit gezogenen Verständnis dieses Begriffs – hat immerhin noch die Freiheit, den Abschluss an dem Inhalt des Vertrages scheitern zu lassen. Mit der Inhaltskontrolle wird dagegen dem Verwender ein Vertrag aufgezwungen, den er so ganz eindeutig nicht wollte. Mit dem Prinzip der adressaten-unfreundlichsten Auslegung und dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion wird dem Verwender überdies ein Vertragsinhalt oktroyiert, den er – vielleicht bei anderer Beratung, vielleicht bei klarerer Rechtslage – in dem dann maßgeblich gewordenen Punkt wirksam hätte vermeiden können.

Gesamtwürdigung

1. Die wahre Rechtfertigung der AGB-Inhaltskontrolle liegt darin, dass der Vertragspartner des AGB-Verwenders hinsichtlich des Inhalts keine bewusste, selbstbestimmte Entscheidung trifft. Das beruht auf einer „situativen Unterlegenheit“, die sich aus einer Asymmetrie des Verhältnisses der Kosten einer sorgfältigen Prüfung des Vertragswortlauts zu dem betroffenen Geschäftsvolumen ergibt. Es kann für den Adressaten auch im unternehmerischen Rechtsverkehr unökonomisch sein, sich für ein relativ kleines Objekt mit einem komplexen Regelwerk im Einzelnen zu befassen, das für den Adressaten einen Einmalvorgang betrifft, während seine Erarbeitung für den Verwender wegen der vielfältigen Verwendung wirtschaftlich sinnvoll war. Der Adressat legt deshalb ein „rationales Desinteresse“ an dem Vertragswerk an den Tag. Dieser Aspekt betrifft ausschließlich die komplexen Regelwerke, nicht aber eine einzelne Klausel. Aus diesem Grund ist auch die übliche, bereits ein Unwerturteil indizierende Beschreibung nicht sachgerecht, der Verwender nehme die vertragliche Gestaltungsfreiheit einseitig für sich in Anspruch. Aufgrund seines „rationalen Desinteresses“ überlässt der Adressat in vielen Fällen die inhaltliche Gestaltung bewusst dem Verwender; die Gestaltungsfreiheit wird daher nicht von diesem gleichsam usurpiert.

Wenn das Objekt hinreichend bedeutsam für den Adressaten ist, muss er sich auch mit ausführlicheren Regelwerken befassen und darf sich nicht in der Gewissheit zurücklehnen, dass es für ihn viel günstiger ist, das Vertragswerk so, wie vorgelegt, ohne Diskussion zu übernehmen, um im Streitfall später dann über die AGB-Inhaltskontrolle etwas

zu erreichen, was er im Verhandlungswege nie hätte erreichen können.¹⁸ So wird dann auch, freilich einengend bezogen auf einzelne Vorschriften (z.B. von Ulmer), vertreten, dass der Adressat in solchen Fällen nach Treu und Glauben gehalten sei, sich mit dem Regelwerk im Einzelnen zu befassen mit der – freilich stark bestrittenen – Konsequenz, dass durch eine Verletzung dieser Obliegenheit die einzelne Bestimmung zur Individualabrede werde.¹⁹

2. Wenn eine AGB-rechtliche Inhaltskontrolle nur auf komplexe Regelwerke in wirklichen Formularen – und das ist der Typus der AGB bei Verbraucherverträgen – beschränkt wäre, dann wären diese Abweichungen von allgemeinen Rechtsgrundsätzen des deutschen Rechts auch im unternehmerischen Rechtsverkehr mindestens diskussionswürdig. Da die AGB-Inhaltskontrolle als Folge der extensiven Auslegung des Begriffs AGB und der restriktiven Auslegung des Begriffs des Aushandelns einen wesentlich weiteren sachlichen Anwendungsbereich hat, ist diese Abweichung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht sachgerecht.
3. Wenn mit der Inhaltskontrolle und insbesondere mit dem Grundsatz der adressatenunfreundlichsten Auslegung und dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion ein generalpräventiver Zweck verfolgt wird, mag dieses Mittel für Verbraucherverträge angemessen erscheinen. Für den unternehmerischen Rechtsverkehr ist es dies nicht.
4. Die Inhaltskontrolle von AGB verkehrt über weite Bereiche das Verhältnis von dispositivem Recht und vertraglicher Vereinbarung. Sie zwingt praktisch alle Fälle des Wirtschaftslebens in das Prokrustesbett eines „Normalfalls“ nach den für diesen angenommenen Gerechtigkeitsvorstellungen. Der Fülle und dem Reichtum an Interessenlagen und Sachzwängen im Wirtschaftsleben kann sie nicht gerecht werden.
5. Insgesamt überschreitet das AGB-Recht so, wie es von der Rechtsprechung angewandt wird, im unternehmerischen Bereich den Zweck und die Legitimation des AGB-Rechts und der Inhaltskontrolle:
 - Hinsichtlich des Begriffs der AGB und
 - in der Anwendung der Inhaltskontrolle auf die so verstandenen AGB.

Das führt zu unsachgemäßen Belastungen der deutschen Wirtschaft und, wie bemerkt, oft zu einer Flucht aus dem deutschen Recht.

Es ist müßig darüber zu rechten, ob Regelungen des sonst von der Rechtsprechung beanstandeten Inhalts in geeigneten Fällen (wie beispielsweise Subunternehmerverträgen oder Verträgen in Lieferketten etc.) von Gerichten doch aufrechterhalten würden. Allein die Existenz der Inhaltskontrolle über die Grenzen der §§ 134, 138 BGB hinaus hat zur Folge, dass der abgeschlossene Vertrag für die beteiligten unternehmerischen Parteien keine verlässliche Planungsgrundlage ist, selbst wenn über ihn eingehend verhandelt worden ist, weil mehrere Klauseln nicht geändert wurden und deshalb im Sinne der Rechtsprechung nicht ausgehandelt sind. Das Vereinbarte gilt nicht allein deshalb, weil

¹⁸ Dazu siehe Stubbe ZRP 2010, 195.

¹⁹ Ulmer (Fn. 5), § 305 BGB Rn. 51.

es vereinbart ist, sondern, soweit es vom dispositiven Recht abweicht, nur, wenn es die Billigung des zuständigen Gerichts findet. Dies allein legt es einem Unternehmen nahe, den Weg aus einer Rechtsordnung zu suchen, welche die Geltung einzelner Vertragsbestimmungen davon abhängig macht, dass sie später die Billigung eines Richters nach dem eben zitierten Standard findet.

Zu der vorgeschlagenen Gesetzesänderung

Um den gekennzeichneten Mängeln abzuhelpfen, ist ein Eingriff des Gesetzgebers an beiden Stellen – dem Anwendungsbereich und dem Maßstab der Inhaltskontrolle - erforderlich. Denn die beiden Fragenkomplexe sind grundsätzlich unabhängig von einander. Auch wenn die Voraussetzungen der Inhaltskontrolle entsprechend dem hier vorgelegten Vorschlag an die Gegebenheiten des unternehmerischen Rechtsverkehrs angepasst werden, wird ein weiter Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle verbleiben. Für Bedingungen sind dann die Maßstäbe der Inhaltskontrolle den Besonderheiten des unternehmerischen Rechtsverkehrs anzupassen. Die Unangemessenheit einer Bestimmung beurteilt sich in diesem Bereich mindestens teilweise nach anderen Kriterien als für den Bereich b2c. Auch eine erhöhte Schwelle für die Annahme der Unangemessenheit geht aber – für Allgemeine Geschäftsbedingungen – über die Kontrolle auf der Grundlage der §§ 138, 242 BGB für Individualverträge hinaus.

Nach dem Vorschlag sollen sämtliche Sonderbestimmungen für den Bereich b2b in einem einzigen Paragraphen, dem § 310 BGB, geregelt werden. Ohne Änderung in der Sache lässt sich dies auch anders regeln, indem nämlich die Bestimmungen zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs in den § 305 BGB und diejenigen zur Ausgestaltung der Inhaltskontrolle in den § 310 BGB aufgenommen werden. Das hätte allerdings zur Folge, dass der Anwendungsbereich dieser Sonderregelungen in zwei Paragraphen und damit doppelt geregelt werden müsste.

Aufgrund des Selbstverständnisses des DAV und der daraus abgeleiteten Zielsetzung seiner Stellungnahmen und dieses Vorschlages bemüht sich der DAV mit diesem Vorschlag um maßvolle und andererseits hinreichend flexible Änderungsvorschläge. Er unterscheidet sich darin von anderen Vorschlägen aus Wirtschaft und Wissenschaft.

Der Vorschlag ersetzt die Sätze 1 und 2 von § 310 Abs. 1 BGB durch einen neuen Absatz 1, der die Abweichungen von den allgemeinen Regeln des AGB-Rechts für den unternehmerischen Rechtsverkehr zusammenfasst. Aus Gründen der redaktionellen Klarheit soll der bisherige Satz 3 als Absatz 2 von dem vorangehenden Text getrennt werden, mit entsprechender Neu Nummerierung der folgenden Absätze.

Im Einzelnen:

Zu Absatz 1:

1. Voraussetzungen

Die Voraussetzungen der Sondervorschriften entsprechen denen des geltenden Rechts, nämlich Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmen, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden.

2. Allgemeine Rechtsfolge

Abweichend vom geltenden Recht soll nicht nur bestimmt werden, dass die §§ 308 und 309 keine Anwendung finden, sondern dass auch die Anwendungs Voraussetzungen der allgemeinen Inhaltskontrolle konkretisiert werden. Dabei soll die Ausnahme des § 305 Abs. 1 Satz 3 im Sinne der vorstehenden Kritik angepasst werden: Wenn die Voraussetzungen des Verhandeln erfüllt sind, liegen keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Zur Vermeidung eines terminologischen Widerspruchs wird deshalb im Eingangssatz nicht der Terminus „Allgemeine Geschäftsbedingungen“, sondern „Vertragsbedingungen“ verwendet. Die Nummern 1 und 2 grenzen den Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle durch Modifikation des AGB-Begriffs im unternehmerischen Rechtsverkehr ein. Die Nummern 3 und 4 kommen zur Anwendung, wenn auch unter Berücksichtigung der Nummern 1 und 2 AGB vorliegen und die Inhaltskontrolle eröffnet ist. Sie passen die Ausgestaltung der Inhaltskontrolle an die Bedürfnisse des unternehmerischen Rechtsverkehrs an.

3. Zu Nr. 1

- (a) Zu Nr. 1 (a): AGB sollen nicht vorliegen, wenn über den Vertrag im Einzelnen verhandelt worden ist. Der Vorschlag verwendet bewusst das Wort „verhandeln“ anstelle des Begriffs „Aushandeln“ im derzeit geltenden Text. Grund dafür ist die von der Rechtsprechung des BGH entwickelte Vorstellung, ein Aushandeln erfordere, dass derjenige, der den Vertragsentwurf vorlegt, jede Bestimmung dieses Entwurfs explizit als abänderbar darstellt. Das ist lebensfremd und interessenwidrig. Der eigene Vertragsentwurf einer Partei ist für diese aus zahlreichen sachlichen Gründen eben nicht beliebig und nicht in jedem Punkt disponibel; jede Partei sucht in Vertragsverhandlungen die eigene Vorstellung durchzusetzen. Das weiß die Gegenpartei auch und verhält sich ebenso. Ist die Abänderung im Verhandlungswege nicht durchsetzbar, wird die Partei zu entscheiden haben, ob sie den Vertrag trotzdem schließt oder eben nicht. Nach der Rechtsprechung verliert eine in den Verhandlungen unverändert gebliebene Vertragsbestimmung ihren Charakter als AGB nur, wenn der andere sie als notwendig erkennt und annimmt.²⁰ Auch dies ist lebensfremd. Wer eine von ihm erfolglos beanstandete Regelung „zähneknirschend“ akzeptiert, akzeptiert sie bewusst und selbstbestimmt. Mit ihr nimmt der „Verwender“ die Vertragsgestaltungsfreiheit nicht einseitig für sich in Anspruch, sondern auch diese Regelung ist das Ergebnis von Verhandlungen.

Eine einzelne, in solchen Vertragsverhandlungen unverändert gebliebene, Regelung sollte deshalb ebenfalls vom Anwendungsbereich des AGB-Rechts ausgenommen sein. Damit werden insbesondere auch sogenannte Paketlösungen aus dem Anwendungsbereich des AGB-Rechts herausgenommen: Wenn eine Bedingung unverändert akzeptiert wurde, dafür in einer anderen Bedingung Änderungen vorgenommen wurden, ist beides ver-

²⁰ BGH NJW 1988, 410; s. auch Ulmer (Fn. 5) § 305 BGB Rn. 48.

handelt und sogar ausgehandelt. Dafür ist auch nicht erforderlich, dass ein sachlicher Zusammenhang zwischen den beiden Bestimmungen besteht. Es ist gang und gäbe, dass in Vertragsverhandlungen am Schluss Pakete geschnürt werden, in welche Bestimmungen verschiedenster Art ohne inneren Zusammenhang gepackt werden. Zur Vermeidung eines Rückfalls in die gegenwärtige Rechtsprechung ist wichtig, dass die Voraussetzung dieser Ausnahme mit der Konjunktion „**wenn**“ und nicht mit „**soweit**“ bezeichnet ist.

Welches Maß und welche Intensität von Verhandlungen erforderlich ist, wird weiterhin der Entscheidung durch die Rechtsprechung überlassen bleiben müssen.

- (b) Zu Nr. 1 (b): Denkbar ist auch, dass die Parteien nur über einzelne Bestimmungen verhandelt haben. Dann sind diejenigen Bestimmungen, die Gegenstand solcher Verhandlungen waren, keine AGB. Das gilt dann auch, wenn solche verhandelten Vertragsbedingungen unverändert in spätere Verträge zwischen den Parteien übernommen werden. Diese Bestimmung ist eine reine Klarstellung. Im Interesse einer „schlanken“ Regelungstechnik, mag sie entbehrlich sein.
- (c) Der Vorschlag verzichtet bewusst darauf, das Maß der erforderlichen Verhandlungen etwa im Verhältnis zum Geschäftsvolumen näher zu präzisieren oder zu quantifizieren, wie es andere Vorschläge getan haben. Ein solcher Versuch müsste notwendig in vielen Fällen zu einem sachwidrigen Ergebnis führen. Die Abgrenzung kann getrost der Rechtsprechung überlassen werden. Andererseits bedarf die Rechtsprechung aber eines deutlichen Signals seitens des Gesetzgebers, dass es nicht auf das „Aushandeln“ der einzelnen Vertragsbestimmung ankommt, sondern darauf, ob über den Vertrag im einzelnen verhandelt worden ist.
- (d) Indem der Vorschlag den Begriff des „Verhandelns“ im Gegensatz zu demjenigen des „Aushandelns“ verwendet und diesen überdies auf den Vertrag insgesamt und nicht die einzelne Bestimmung bezieht, unterscheidet er sich von dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Art. 7 Abs. 1 des Anhangs zu dem Verordnungsentwurf). Auch wenn die Verordnung mit dem vorgeschlagenen Wortlaut verabschiedet wird, entsteht daraus kein Problem der Unionsrechtskonformität des vorgeschlagenen Gesetzestextes. Denn nach dem Verordnungsentwurf soll das Gemeinsame Europäische Kaufrecht ein optionales Recht sein, welches nach Vereinbarung seiner Geltung im Einzelfall als Unionsrecht an die Stelle des sonst geltenden, nach den einschlägigen IPR-Vorschriften bestimmten, nationalen Rechts tritt. Eine Kollision ist damit von vornherein ausgeschlossen: Es gilt in dem persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts immer nur entweder dieses, oder das sonst zur Anwendung kommende nationale Recht.

4. Zu Nr. 2

Nr. 2 Satz 1 entspricht § 310 Abs. 1 Satz 1 des geltenden Rechts. Satz 2 nimmt inhaltlich den § 310 Abs. 1 Satz 2, 1. Halbsatz auf. Die Umformulierung soll klarstellen, dass die §§ 308 und 309 keine Indizwirkung haben sollen, sondern Rege-

lungen der in den §§ 308 und 309 genannten Art nicht wegen der Unanwendbarkeit dieser Vorschriften einer Inhaltskontrolle nach dem Standard des § 307 entzogen sind. Die – der üblichen Gesetzessprache entsprechende – Formulierung, dass § 307 Abs. 1 und 2 unberührt bleibt, macht dies hinreichend klar.

5. Zu Nr. 3

Nr. 3 betrifft insgesamt Bedingungen, die AGB sind. Sie enthält gegenüber dem geltenden Recht zwei Abweichungen:

- (a) Sie nimmt den Gedanken von § 310 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz auf. Dieser wird von der Rechtsprechung dahin ausgelegt, dass er einen Handelsbrauch im Sinne des § 346 HGB voraussetze. Deshalb hat dieser Halbsatz in der Praxis praktisch keinen Anwendungsbereich. Aus diesem Grund soll die Formulierung „im Handelsverkehr geltende Gewohnheiten und Gebräuche“ ersetzt werden durch „vernünftige unternehmerische Praxis“. Ferner soll die vernünftige unternehmerische Praxis bestimmt werden „unter Berücksichtigung des Gesamtinhalts des Vertrages und der den Vertragsabschluss begleitenden Umstände sowie der Gegebenheiten des betroffenen Wirtschaftszweigs“. Damit sollen die unterschiedlichen Usancen, Gegebenheiten und Sachzwänge verschiedener Branchen angemessene Berücksichtigung finden. Die Berücksichtigung des Gesamtinhalts und der begleitenden Umstände erlaubt auch die Berücksichtigung von Kompensationseffekten über einen konkreten Funktionszusammenhang hinaus, auch soweit eine solche Kompensation im Sinne einer Paketlösung nicht bereits den Tatbestand der AGB ausschließt.
- (b) Außerdem soll die in der Praxis ebenfalls wirkungslose Bestimmung, dass „angemessen Rücksicht zu nehmen“ ist, dadurch ersetzt werden, dass eine unangemessene Benachteiligung nur im Falle einer groben Abweichung von der vernünftigen unternehmerischen Praxis vorliegt. Die negative Formulierung „liegt nicht vor, wenn ... nicht erheblich abweicht“ legt insoweit dem Verwender die Beweislast für die vernünftige unternehmerische Praxis, die Gegebenheiten des betroffenen Wirtschaftszweigs und die den Vertragsabschluss begleitenden Umstände auf. Was die unternehmerische Praxis ist, wird je nach dem Thema der einzelnen Bestimmung leichter oder weniger leicht feststellbar sein. Da Voraussetzung für die Annahme der Unangemessenheit eine erhebliche Abweichung von der guten unternehmerischen Praxis ist, wird es nicht allzu häufig einer Beweiserhebung über die unternehmerische Praxis bedürfen.
- (c) Die Formulierung „liegt nicht vor, wenn ... nicht erheblich abweicht“ hat nicht nur Bedeutung für die Beweislast oder das Regel-/Ausnahmeverhältnis, sondern auch für den Maßstab der Inhaltskontrolle. Es würde deshalb bei dem bisherigen allgemeinen Maßstab, insbesondere des § 307 Abs. 2 BGB und auch durch das Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verbleiben, allerdings ohne die Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB. Der DAV hält hierzu jedoch eine Klarstellung – jedenfalls in der Begründung – für sachgerecht, dass im Bereich b2b für die Beurteilung der Transparenz, aber auch für den Maßstab der unangemessenen Benachteiligung durch Unvereinbarkeit „mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“

andere Maßstäbe gelten können, als für den Bereich b2c. Zur Transparenz sollte für den Bereich b2b deutlich gemacht werden, dass Unbestimmtheit nicht gleich Unklarheit oder Unverständlichkeit ist. Viele Vertragsverhältnisse und auch gesetzliche Regelungen kommen ohne unbestimmte Begriffe nicht aus. Sie können deshalb nicht per se dem Verdikt der Intransparenz unterfallen. Hierzu mag der Hinweis genügen, dass die Intransparenz nicht notwendig zur unangemessenen Benachteiligung führt, sondern sie dazu nur führen *kann*. Hingewiesen sei auch auf § 3 des Schuldverschreibungsgesetzes, der auf die Verständlichkeit für einen *sachkundigen* Anleger abstellt. Dieser Gedanke kann auch für die allgemeinen Transparenzanforderungen im Rechtsverkehr b2b fruchtbar gemacht werden.

Auch die Abweichung vom Grundgedanken der gesetzlichen Regelung führt gem. § 307 Abs. 2 BGB nur „im Zweifel“ zur Annahme einer unangemessenen Benachteiligung. Es sollte klargestellt werden, dass im Bereich b2b dem Zweifel mehr Raum zu lassen ist. Jedenfalls für den Bereich b2b ist es nicht sachgerecht, eine AGB-Bestimmung, welche das bisherige Recht (etwa das bis zum 31.12.2001 geltende Schuldrecht oder das bis 31.12.2007 geltende Versicherungsvertragsrecht) inhaltlich wiedergibt, aufgrund der mittlerweile in Kraft getretenen Gesetzesänderung als unangemessene Benachteiligung zu qualifizieren, wie dies der Bundesgerichtshof wiederholt tat.²¹ Die dahingehende Rechtsprechung stellt dem Gesetzgeber das Zeugnis aus, er habe bisher „entgegen den Geboten von Treu und Glauben“ die eine oder die andere Seite „unangemessen benachteiligt“. Für den Bereich b2b geht dies zu weit.

Der hiermit unterbreitete Vorschlag sieht zu diesen Punkten keine Änderung des Gesetzestextes vor. Der DAV würde es aber für sachgerecht halten, wenn in der Begründung ein Hinweis im Sinne der vorstehenden Ausführungen gegeben würde.

6. Zu Nr. 4

§ 310 Abs. 1 Nr. 4 setzt den oben (S. 11 unter 1.) genannten Aspekt um: Es ist treuwidrig für ein Unternehmen, eine von der Sache her gebotene Prüfung und ein Verhandlungsverlangen zu unterlassen oder gar ein Verhandlungsangebot nicht anzunehmen, in der Erwartung, dass das Unternehmen über eine Inhaltskontrolle mehr erreichen kann, als es in Verhandlungen je durchsetzen könnte. Wann solche Treuwidrigkeit anzunehmen ist, hängt ganz von den Umständen ab. Insbesondere wird die Bedeutung/das Volumen des Geschäfts, aber auch der Umfang und die Darstellung des Vertragswerks dabei eine Rolle spielen. Wiederum unternimmt der Vorschlag nicht den Versuch, die relevanten Fälle durch eindeutige quantifizierbare Kriterien zu bestimmen. Solche rein quantitativen Kriterien müssten notwendig in vielen Fällen zu sachfremden Ergebnissen führen. Auch hier kann die sachgerechte Abgrenzung getrost der Rechtsprechung überlassen werden, die aber wiederum eines eindeutigen gesetzgeberischen Signals zur Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung bedarf.

²¹ Siehe nur BGH NJW 2006, 47, 50; BGH NJW 2012, 222.

In den angesprochen Fällen (die treffend dahin charakterisiert werden, dass der Adressat die „AGB-Fälle“ einsetze oder zuschnappen lasse) wird besonders deutlich, dass die Inhaltskontrolle nicht damit begründet werden kann, der Verwender habe die inhaltliche Gestaltungsfreiheit „einseitig in Anspruch genommen“. In diesen Fällen, insbesondere wenn ein von ihm ausgesprochenes Verhandlungsangebot nicht aufgenommen wird, ist ihm die Einseitigkeit der Gestaltung nicht nur bewusst überlassen, sondern sogar aufgedrängt worden.

Es kommen mehrere Methoden infrage, um solchen Instrumentalisierungen einer „AGB-Falle“ zu begegnen:

- Eine Möglichkeit besteht (bzgl. einzelner Klauseln wohl bereits nach geltendem Recht²²) darin, solche Bedingungen von vornherein aus dem Begriff der AGB und damit der Inhaltskontrolle herauszunehmen und als Individualabrede zu qualifizieren. Das passt freilich nur für eine einzelne Bestimmung, auf die ausdrücklich hingewiesen worden ist. Ob es für das gesamte Vertragswerk passt, erscheint fraglich, da der Tatbestand der vom Verwender gestellten AGB durch das Verhalten der anderen Seite wieder wegfiel. Jedenfalls wenn kein ausdrückliches Verhandlungsangebot erfolgte und dennoch der Adressat nach Treu und Glauben gehalten wäre, Verhandlungen zu verlangen, passt dies nicht. Dennoch könnte, natürlich, durch Gesetz bestimmt werden, dass die Bedingungen in einem solchen Fall als nicht vom Verwender „gestellt“ gelten oder schlicht § 307 in einem solchen Fall nicht anwendbar ist.
- Hier wird vorgeschlagen, auf treuwidriges Verhalten mit der Arglisteinrede zu reagieren. Diese soll jedoch nicht für den Fall des § 307 Abs. 1 Satz 2 gelten. Denn die Unklarheit mag dazu geführt haben, dass der Adressat die Bestimmung missverstand und aufgrund dieses Missverständnisses keinen Verhandlungsbedarf sah. In einem solchen Fall wird das Verhalten des Adressaten schon nicht treuwidrig sein. Die Ausnahme für diesen Fall hat also eher klarstellende Bedeutung.

²² So Ulmer (Fn. 5), § 305 BGB Rn. 51.