



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Zivilrecht

zum Reformbedarf des AGB-Rechts für den unternehmerischen Rechtsverkehr zur Förderung der Wettbewerbsfähigkeit deutschen Rechts und des Rechtsstandorts Deutschland

– anlässlich des [Abschlussberichts](#) über das vom BMJV in
Auftrag gegebene Forschungsprojekt „AGB-Recht für
Verträge zwischen Unternehmen“ –

Stellungnahme Nr.: 39/2015

Berlin, im August 2015

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
(Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Christian Bereska, Celle
- Rechtsanwalt Dr. Tobias Heinrich Boecken, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Gräfin Friederike von Brühl, Berlin
(Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Dr. Axel Funk, Stuttgart (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Petra Heinicke, München
- Rechtsanwalt Dr. Roland Hoffmann-Theinert, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Sylvia Kaufhold, Dresden
- Rechtsanwalt Jörn H. Linnertz, Bremen
- Rechtsanwältin Dr. Barbara Mayer, Freiburg
(Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Dr. Michael Schultz, Karlsruhe (BGH)
- Rechtsanwältin Jutta Wittler, Köln (Berichterstatterin)

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 (0)30 726152-0
Fax: +49 (0)30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de
www.anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Christine Martin

Verteiler

- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages
- Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Deutschen Bundestag
- vertretenden Parteien
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe, Berlin
- Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
- Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik
Deutschland
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Notarverein e.V.
- Deutscher Richterbund e.V.
- Deutscher Steuerberaterverband e.V.
- 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
- Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl
- Redaktion Juristenzeitung / JZ
- Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR
- Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Ein vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz in Auftrag gegebene rechtstatsächliche Untersuchung der Universität Osnabrück kam zu dem Ergebnis, dass im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den unternehmerischen Rechtsverkehr Reformbedarf jedenfalls in Richtung auf eine Ermöglichung von Haftungsbeschränkungen besteht. Das ist jedoch nur ein Ausschnitt einer weiter abgesteckten Problematik. Aus Anlass dieses Forschungsergebnisses schlägt der DAV im Anschluss an seinen Vorschlag aus dem Jahre 2012 ([DAV-Stellungnahme Nr. 23/2012](#)) erneut vor, das Gesetz in einer Weise zu ändern, die die internationale Akzeptanz des deutschen Rechts verbessert und einem weiteren Bedeutungsverlust, wie er nicht zuletzt in dem Rückgang von Fallzahlen bei den Kammern für Handelssachen zum Ausdruck kommt, entgegenwirkt.

I. Einführung

Die Diskussion darüber, ob das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Recht) in der Form, wie es vom Bundesgerichtshof angewandt wird, für den unternehmerischen Rechtsverkehr einer Reform bedarf, hält seit Jahren unvermindert an. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat für einen Ausschnitt dieser Fragen, nämlich das Thema von Haftungsbeschränkungen, einen Forschungsauftrag an die Universität Osnabrück vergeben. Deren [Abschlussbericht](#) vom 30. September 2014 (im Folgenden: Abschlussbericht) ist im Februar 2015 der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden.¹ Er gibt Anlass, dieses Thema erneut aufzugreifen.

Der Abschlussbericht bestätigt für den Ausschnitt aus dem gesamten Themenkreis, mit dem sich das Forschungsprojekt auftragsgemäß zu befassen hatte, nämlich das Thema der Haftungsbeschränkungen in AGB, den Bedarf nach einer Reform überdeutlich. Dieser Reformbedarf beschränkt sich jedoch nicht – wie aus Randüberlegungen des

¹ Siehe auch *Leuschner* ZIP 2015, 1045; dazu *Graf v. Westphalen* ZIP 2015, 1316 mit Replik *Leuschner* ZIP 2015, 1326.

Abschlussberichts ebenfalls deutlich wird – auf das Thema Haftungsbeschränkungen. Er betrifft vielmehr auch bereits die Regeln zum Anwendungsbereich der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr.

Der DAV hatte durch seinen Zivilrechtsausschuss im März 2012 einen Vorschlag zur Änderung des AGB-Rechts für den unternehmerischen Rechtsverkehr vorgelegt, der sich mit der Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr, sowohl hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs als auch hinsichtlich ihres Maßstabs, befasste ([DAV-Stellungnahme Nr. 23/2012](#)). Ziel des damaligen Vorschlags war es, im Interesse des Rechtsstandorts Deutschland, die internationale Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Rechts zu verbessern. Im Anschluss an den damaligen Vorschlag greift der DAV das Thema erneut auf und nimmt zu den Vorschlägen des Abschlussberichts und ergänzend dazu wie folgt Stellung:

Der Abschlussbericht endet mit drei gesetzgeberischen Vorschlägen:

- Im unternehmerischen Rechtsverkehr soll eine quantitative Haftungsbeschränkung des Verwenders, etwa in Relation zu dem jeweiligen Vertragsvolumen, zugelassen werden, auch und gerade soweit damit der Ersatz des typischerweise erwartbaren Schadens beschränkt wird, sofern dem Verwender ein ausreichender Anreiz zum sorgfältigen Handeln verbleibt.
- Die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle soll für Verträge ab einem bestimmten Vertragsvolumen insgesamt ausgeschlossen sein.
- Von dieser Ausnahme von der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle soll eine Rückausnahme bei übermäßiger Marktmacht gelten.

II. Stellungnahme zu diesen Vorschlägen des Abschlussberichts

(in umgekehrter Reihenfolge)

1. Entkoppelung des AGB-Rechts von der Kontrolle von Missbrauch von Marktmacht

Dieser letzte Vorschlag des Abschlussberichts (Rückausnahme wegen Marktmacht) ist uneingeschränkt zu begrüßen. In der rechtspolitischen Diskussion um einen Reformbedarf bei dem AGB-Recht für den unternehmerischen Rechtsverkehr wird zwar immer wieder auch das Argument der überlegenen Marktmacht des AGB-

Verwenders angeführt. Das hat aber mit dem Geltungsgrund des AGB-Rechts und seiner Inhaltskontrolle – im Unterschied zu Individualvereinbarungen – nichts zu tun. Die AGB-spezifische Inhaltskontrolle sollte deshalb allein an den AGB-spezifischen Charakteristika orientiert sein.

Das heißt freilich nicht, dass eine Inhaltskontrolle nicht auch – aber dann ggf. nach anderen Kriterien – aufgrund der überlegenen Marktmacht des einen Vertragsteils sollte stattfinden können. Wenn die §§ 138 und 242 BGB und die einschlägigen Vorschriften des Kartellrechts dafür nicht genügen, sollten dafür gesonderte gesetzliche Bestimmungen geschaffen werden, die sich sowohl auf AGB als auch auf Individualvereinbarungen beziehen.

Zu bedenken ist allerdings, dass die Feststellung des Bestehens von absoluter Marktmacht oder relativer Marktmacht zwischen den Parteien den Rahmen eines normalen Zivilprozesses sprengen könnte. Deshalb sollte geprüft werden, ob diese Feststellung – auch über den Einzelfall hinaus – aus dem individuellen Zivilprozess herausgelöst und einer geeigneten Behörde, sinnvollerweise dem Bundeskartellamt, übertragen wird. Allerdings sollte die Behörde nicht die Zuständigkeit haben, über die Angemessenheit oder Unangemessenheit einzelner Vertragsbestimmungen zu befinden. Dies sollte Aufgabe des Zivilrichters bleiben. Die Behörde sollte aber die Zuständigkeit für die Feststellung des Vorliegens oder auch des Nichtvorliegens relativer Marktmacht im Verhältnis zu individuell bezeichneten oder kategorisch beschriebenen Adressaten haben. Die entsprechende Feststellung sollte in einem gesonderten Verfahren auf Antrag eines der beteiligten Unternehmen oder auch auf Antrag einschlägiger Verbände getroffen werden.

Zur Einführung eines solchen Verfahrens bedürfte es einer entsprechenden Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Darin sollten auch geeignete Kriterien für das Vorliegen solcher Marktmacht festgelegt werden.

2. Anwendungsbereich der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle

Zum Vorschlag, dass die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle ab einem Vertragsvolumen bestimmter Größenordnung nicht gelten solle.

2.1 Dieser Vorschlag geht zutreffend davon aus, dass der Grund für die AGB-spezifische Inhaltskontrolle entfällt, wenn die Voraussetzungen der

„asymmetrischen Transaktionskosten“, der „situativen Unterlegenheit“ oder des „rationalen Desinteresses“ nicht vorliegen. Das ist der Fall, wenn beide Parteien sich tatsächlich im Einzelnen mit dem Inhalt des Vertrages befasst haben. Ab einer bestimmten Größenordnung des Vertragsvolumens kann unterstellt werden, dass dies geschehen ist. Allerdings bedeutet ein Vertragsvolumen bestimmter Größenordnung nicht notwendig, dass sich der Adressat der AGB tatsächlich mit diesen im Einzelnen befasst hat. Mit der Feststellung einer objektiven Grenze wird damit weiter geregelt, dass der Schutz der AGB-spezifischen Inhaltskontrolle demjenigen Adressaten nicht zugute kommt, von dem angesichts des Vertragsvolumens erwartet werden kann, dass er sich mit den Einzelheiten der Bedingungen befasst und auseinandersetzt. Auch dieser Gedanke ist richtig. Allerdings mag die Festlegung eines absoluten – für alle Fälle geltenden – Schwellenbetrages, bei dessen Überschreitung eine Inhaltskontrolle nicht stattfindet, unangemessen scheinen. Auf die Schwierigkeiten der Bestimmung des Vertragsvolumens, etwa bei Rahmenverträgen, ist schon verschiedentlich hingewiesen worden. Ergänzend sind dazu auch die Unklarheiten zu nennen, die sich bei nachträglich veränderten Vertragsvolumina ergeben, wie sie beispielsweise in Anlagebauverträgen nicht selten sind. Der Gedanke lässt sich aber auch umsetzen, wenn auf eine bestimmte Schwellengröße verzichtet wird. Der Vorschlag des DAV vom März 2012 folgt diesem Ansatz ([DAV-Stellungnahme Nr. 23/2012](#)). Danach findet die Inhaltskontrolle nicht statt (oder der Adressat kann sich auf eine sich aus der Inhaltskontrolle sonst ergebende Unwirksamkeit oder Nichtigkeit einer Bestimmung nicht berufen), wenn der Adressat entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben ein Verhandlungsangebot nicht angenommen hat oder Verhandlungen nicht von sich aus verlangt hat. Präziser könnte dies etwa dahin formuliert werden, dass eine AGB-spezifische Inhaltskontrolle nicht stattfindet oder der Adressat sich auf eine darauf beruhende Unwirksamkeit nicht berufen kann, wenn mit Rücksicht auf das Vertragsvolumen, den Umfang der Bedingungen und der sonstigen Umstände des Vertrags(abschlusses) von dem Adressaten zu erwarten war, dass er sich mit den Bedingungen im Einzelnen befasst oder ein tatsächliches Angebot, über den Vertrag im Einzelnen zu verhandeln, aufnimmt oder von sich aus solche Verhandlungen verlangt. Wird der letztere Ansatz gewählt, so ist über eine Rückausnahme für den Fall nachzudenken, dass der Verwender Verhandlungen ablehnt oder nur zum Schein führt. Eine Regelung dieser Art erlaubt

es, nach den individuellen Gegebenheiten der betroffenen Unternehmen zu differenzieren und auch zu berücksichtigen, welchen Umfang das Klauselwerk hat und welcher Zeitraum dem Adressaten zur Prüfung eingeräumt wird. Wenn es nur um einige wenige Sätze geht, ist dem Adressaten wesentlich eher eine konkrete Befassung mit dem Inhalt zuzumuten (und von ihm zu erwarten) als im Falle eines umfangreichen „ausgeklügelten Klauselwerks“.

2.2 Die Prämisse des Vorschlags besteht aber darin, dass der Grund für die Inhaltskontrolle von AGB entfällt, wenn sich die Parteien mit dem Vertragsinhalt im Einzelnen auseinandergesetzt und ggf. über ihn verhandelt haben. Das lässt sich so zwar dem geltenden Gesetzestext entnehmen, entspricht aber nicht der Rechtsprechung. Nach ständiger Rechtsprechung genügt es für ein „Aushandeln“ im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht, wenn über den Vertrag insgesamt im Detail verhandelt worden ist. Vielmehr bezieht die Rechtsprechung das Erfordernis des „Aushandelns“ auf die einzelne Vertragsbestimmung und meint überdies, die Klausel sei (jedenfalls im Regelfall) nur „ausgehandelt“ worden, wenn sie gegenüber dem ursprünglichen Vorschlag geändert worden ist. Die Rechtsprechung folgert dies aus dem Wort „soweit“ in § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB. Diese Argumentation ist zwar möglich, aber nicht zwingend. Wenn über einen Vertragsentwurf im Einzelnen verhandelt worden ist und der Vertrag an mehreren Stellen, ggf. auch in gegenseitiger Abhängigkeit, geändert worden ist, ist der Vertrag mit seinen Bedingungen insgesamt ausgehandelt, auch hinsichtlich derjenigen Bestimmungen, die im Ergebnis nicht geändert wurden. Die Rechtsprechung, die den Begriff „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ auf die einzelne Klausel bezieht, ist im Übrigen unvereinbar mit der Begriffsbildung in den Klauselverboten der §§ 305c, 307 Abs. 1 und 3, 308, 309 BGB. Die Unwirksamkeit von Bestimmungen gilt danach für „Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen“. Der Begriff „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ bezeichnet demnach immer das Klauselwerk insgesamt, nicht die einzelne Klausel. Wäre die einzelne Regelung Allgemeine Geschäftsbedingung (und das Erfordernis des Aushandelns hinsichtlich dieser einzelnen Bestimmung zu erfüllen), müsste es heißen, dass eine Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam ist, die den jeweils bestimmten Inhalt hat.

Mit ihrer Klauselbezogenheit des Begriffs des „Aushandelns“ verlässt die Rechtsprechung auch die rechtsethische Rechtfertigung für die Inhaltskontrolle.

Diese wird gegenüber dem grundrechtlichen Gebot der Vertragsfreiheit damit gerechtfertigt, dass der Verwender der AGB für sich die inhaltliche Gestaltungsfreiheit einseitig in Anspruch nehme, diese usurpiere. Davon kann in Fällen der beschriebenen Art keine Rede sein. Auch ist nicht erkennbar, welche Bedeutung es in einem solchen Fall noch hat, dass die (einzelne) Vertragsbedingung für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert sein muss. Wenn über ein umfangreiches Vertragswerk als Ganzes eingehend und ausführlich verhandelt worden ist (und dieses an vielen Stellen geändert worden ist), gibt es im Licht des Geltungsgrunds des AGB-Rechts keinen Grund mehr, die ungeänderten Bestimmungen weiterhin als AGB zu behandeln. Dies gilt unabhängig davon, ob man den Geltungsgrund in der einseitigen Inanspruchnahme der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit sieht (so die Rechtsprechung) oder in der Asymmetrie der Transaktionskosten (so die Literatur).

Ein Weiteres kommt hinzu: Die Rechtsprechung verlangt für ein „Aushandeln“, dass der „gesetzesfremde Kerngehalt“ der einzelnen Bestimmung „ernsthaft zur Disposition“ gestellt worden ist. Damit vermengt sie die Voraussetzungen der Inhaltskontrolle (kein Aushandeln) mit dem Maßstab (Annäherung an das dispositives Recht). Tendenziell läuft dies darauf hinaus, dass von einem Aushandeln nur dann gesprochen werden könne, wenn die Verhandlung auf Beseitigung des „gesetzesfremden Kerngehalts“ durch Rückkehr zum dispositiven Recht zielt. Das hat mit dem Thema „Aushandeln“ – wodurch eine Individualvereinbarung entsteht – nichts gemein und legt eine Missbilligung der Ausübung der mit der Privatautonomie gegebenen Freiheitsrechte durch Abweichung vom dispositiven Recht nahe. Eine solche Haltung ist mit dem Prinzip der Privatautonomie unvereinbar.

Der Abschlussbericht verweist mehrfach auf diese Problematik und nennt als Beispiele etwa Unternehmenskaufverträge, Konsortialverträge (für syndizierte Kredite), Anlagebauverträge u.ä.. Zwar gibt es – soweit ersichtlich – bisher keine Entscheidung, wonach ein in der üblichen Weise entstandener und verhandelter Unternehmenskaufvertrag insgesamt aus allgemeinen Geschäftsbedingungen bestehe, und es mag zweifelhaft sein, ob die Rechtsprechung soweit tatsächlich gehen würde². Der Abschlussbericht hat aber mit seiner Aussage Recht, dass die

² Siehe dazu *Maier-Reimer/Niemeyer* NJW 2015, 1713.

Qualifikation solcher Verträge als AGB nach dem wohl vorherrschenden Eindruck auf der Linie der gesamten Rechtsprechung zum AGB-Begriff liegen würde.

Der Vorschlag in dem Abschlussbericht ist deshalb dadurch zu untermauern und zu ergänzen, dass das Kriterium des „Aushandelns“ nicht auf die einzelne Bestimmung, sondern auf das Vertragswerk insgesamt bezogen wird. Auch dies entspricht dem Vorschlag des DAV vom März 2012.

3. Quantitative Haftungsbeschränkungen

Diesem Vorschlag ist konkret zu dem angesprochenen Punkt nichts hinzuzufügen. Er ist praxisgerecht und uneingeschränkt zu begrüßen.

Der Vorschlag des Abschlussberichts zu quantitativen Haftungsbeschränkungen ist jedoch Teil eines allgemeineren Themas, zu dem einige Ergänzungen angebracht sind.

3.1 Auch wenn der Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle entsprechend dem Vorschlag oben zu 2 sachgerecht eingegrenzt wird, wird in jedem Fall ein großer Bereich von Verträgen verbleiben, die unzweifelhaft AGB darstellen. Dem Maßstab der AGB-Inhaltskontrolle kommt deshalb erhebliches Gewicht zu.

3.2 Haftungsbeschränkungen sind gewiss ein Thema, an dem sich die Diskussion über einen Reformbedarf besonders entzündet hat und bei dem der Handlungsbedarf vielleicht am dringlichsten ist. Jedoch ist dies nicht der einzige Punkt. Es gibt zahlreiche andere Aspekte, in denen die Ausgestaltung der Inhaltskontrolle dringend einer Korrektur bedarf. Darauf wird im Folgenden näher eingegangen. Allgemein ist jedoch nochmals Folgendes voranzustellen:

Wie der Abschlussbericht zutreffend darlegt, sind große Bereiche unternehmerischer Vertragsverhältnisse durch AGB geregelt. Nach der Rechtsprechung des BGH zum Anwendungsbereich ist die Vertragsfreiheit für das Normalgeschäft eines Unternehmens faktisch ausgeschlossen, weil es praktisch nicht möglich ist, Individualvereinbarungen im Sinne des BGH zu schließen. Das für sich allein macht eine Korrektur der Maßstäbe der Inhaltskontrolle unerlässlich.

3.3 Maßstab der Inhaltskontrolle nach der Rechtsprechung des BGH ist entsprechend der allgemeinen Bestimmung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, den die Rechtsprechung

zudem durch eine Indizwirkung der sog. Klauselkataloge der §§ 308 und 309 BGB ausfüllt, die Abweichung vom dispositiven Recht und dessen Maß. Unberücksichtigt bleibt dabei schon, dass § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB sogar für Verbraucherverträge nur „im Zweifel“ gilt. Für den unternehmerischen Rechtsverkehr sollen überdies gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB, auch gegenüber § 307 BGB, die Besonderheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs berücksichtigt werden. Das findet, wie vielfach dargelegt, praktisch nicht statt. Aus der Sicht des DAV ist dazu Folgendes hervorzuheben:

Das BGB regelt nur einige Grundtypen von Verträgen. Komplexe ebenso wie neuartige Vertragsverhältnisse, wie sie sich im Wirtschaftsleben herausgebildet haben, sind im BGB (und auch im HGB) nicht geregelt. Die Rechtsprechung muss deshalb – soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben – zwangsläufig auf die Regelung ähnlicher Vertragstypen durch das BGB zurückgreifen und im Falle von typengemischten Verträgen die passende Regelung suchen. Bereits dies zeigt, dass der Maßstab der Abweichung vom dispositiven Recht als Indiz für eine unangemessene Benachteiligung für solche Vertragsverhältnisse nicht taugt. Die weise Selbstbeschränkung des Gesetzgebers, der nicht alles und jedes regeln kann und will, die Ausgestaltung der Vertragsverhältnisse vielmehr den Beteiligten überlässt, wird durch die Rechtsprechung konterkariert, die durch den Rückgriff auf die Regelung irgendwo ähnlicher oder vergleichbarer Vertragsverhältnisse die Vorstellung des Gesetzgebers entnimmt, das so Geregelter sei das eigentlich Gerechte und alles, was (auch in anderen Fallkonstellationen) davon abweicht, sei damit von vornherein verdächtig, eine unangemessene Benachteiligung zu bewirken, in der Weise, dass je größer die Abweichung von dem dispositiven Recht ist (das den konkreten Fall möglicherweise gar nicht regelt), das Verdikt der unangemessenen Benachteiligung desto näher liege.

Als Beispiel hierfür mag die Bring-or-Pay-Entscheidung des BGH (BGH NJW 2013, 856) dienen. Der Betreiber einer Müllverbrennungsanlage hatte mit seinen Kunden die Vereinbarung getroffen, dass die Anlage für jeden Kunden ein bestimmtes Kontingent von Müll zu einer vereinbarten Vergütung verbrennen werde. Dabei sollte die Vergütung auch für den Fall geschuldet werden, dass das Kontingent nicht in den vorgesehenen Mengen und zeitlichen Abständen etc. geliefert wird. Diese Regelung wurde als „Bring or Pay“ in Analogie zu der geläufigen Paraphrasierung

einer Abnahmeverpflichtung (etwa bezüglich einer bestimmten Menge von Elektrizität oder der Transportleistung einer Gas- oder Ölleitung) mit den Worten „Take or Pay“ charakterisiert. Das veranlasste den BGH dazu, diese Regelung als eine Art pauschalierten Schadensersatz für den Fall der Nichtanlieferung des Mülls zu werten und mit den Vorschriften des BGB zum Schadensersatz zu vergleichen. Er kam zu dem Ergebnis, in der Regelung liege eine unangemessene Benachteiligung, weil sie dem Kunden nicht den Beweis offenhalte, dass ein Schaden nicht oder nicht in dieser Höhe entstanden sei. Die Müllverbrennungsanlage war überhaupt nur auf der Grundlage von festen Verträgen mit Kunden gebaut worden, die die Auslastung jedenfalls für eine Anlaufzeit sicherstellten (BGH aaO. Rn 12). Voraussetzung für ein Geschäftsmodell dieser Art ist demnach die Existenz solcher Verträge, die selbstverständlich AGB sein und selbstverständlich eine Regelung der genannten Art vorsehen müssen. Nur auf dieser Grundlage ist das Geschäftsmodell tragfähig und finanzierbar.

Das BGB enthält keine Regelungen über einen Vertragstyp, bei dem ein Bündel von Werkverträgen abgeschlossen wird als Voraussetzung dafür, dass der Unternehmer überhaupt erst die Anlage errichtet, mit der das Werk zu erbringen ist. Die Entscheidung des BGH macht ein Geschäftsmodell dieser Art von vornherein unmöglich. Das ist jedenfalls sachwidrig. Ganz abgesehen davon, dass der BGH auch eine unangemessene Rechtskategorie heranzieht. Es geht nicht um einen Schadensersatzanspruch, sondern allenfalls um eine vertragliche Ausgestaltung einer Art Annahmeverzug oder eine Modifikation des § 649 BGB: Die kontrahierte Leistung muss vom Kunden bezahlt werden, auch wenn er sie nicht in Anspruch nimmt. Es hätte deshalb durchaus nahe gelegen, den Vertrag dahin auszulegen, dass der Kunde die Kapazität der Anlage in den kontrahierten Mengen „mietet“ und diese deshalb unabhängig davon zu bezahlen hat, ob er sie nutzt oder nicht. Die „Kontrollwut“ des BGH in Verbindung mit dem – den sonstigen Grundsätzen des deutschen Rechts ohnehin zuwiderlaufenden Prinzip – der adressatenunfreundlichsten Auslegung zum Zwecke der Nichtigterklärung stand aber einer solchen Auslegung offenbar entgegen.

- 3.4** Ähnliche Überlegungen gelten für Verträge, für welche sich national oder international ein allgemeiner Standard entwickelt hat, wie Konsortialverträge für syndizierte Kredite, Anlagebauverträge nebst Subunternehmerverträgen dazu,

komplexe Finanzierungsverträge und auch Unternehmenskaufverträge. Muster, die sich in dieser Weise entwickelt haben, sind das Ergebnis von oft langjährigen Entwicklungen in Verhandlungen zwischen Parteien der einen und der anderen Seite, aus denen sich – wegen Vergleichbarkeit oder Gleichförmigkeit der zu regelnden Themen – gewisse Standards entwickelt haben, auf die man sich in Verhandlungen mindestens dem Grundsatz nach einig ist, so dass im konkreten Fall dann oft nur noch Details ausfüllungsbedürftig sind. Nach der Rechtsprechung des BGH würde gerade die Standardisierung solcher Verträge – d.h. die Übereinstimmung mit einem national oder international akzeptierten Standard – diese Verträge zu AGB machen und sie dann der Kontrolle nach einem Kriterium des Abstandes von der „geltenden“ Regelung des dispositiven Rechts unterwerfen. Wer dem anerkannten Standard folgen will, muss deshalb in eine andere Rechtsordnung ausweichen.

III. Schlussbemerkung: Wettbewerbs(un)fähigkeit des deutschen Rechts

Die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr bedeutet einen empfindlichen Wettbewerbsnachteil des deutschen Rechts. Das ist schon vielfach hervorgehoben worden.³ Der Nachteil wird reflektiert durch die Tatsache, dass die Fallzahlen in den Kammern für Handelssachen seit vielen Jahren rückläufig sind. Dass dies auf einer Minderung der Zahl von Konfliktfällen beruhe, ist nicht erkennbar. Der Rückgang der Fallzahlen beruht vielmehr darauf, dass die betroffenen Unternehmen das deutsche Recht oder die deutsche Gerichtsbarkeit vermeiden, auch dadurch, dass sie in ausländisches Recht oder jedenfalls in eine Schiedsgerichtsbarkeit ausweichen. So berichtete der Vertreter eines deutschen Großunternehmens in einer Veranstaltung zum Thema außergerichtliche Streitbeilegung auf dem diesjährigen Deutschen Anwaltstag in Hamburg, in seinem Hause bedürfe die Vereinbarung der Geltung deutschen Rechts bei größeren Verträgen eines Vorstandsbeschlusses. Wenn die Rechtsunterworfenen das Recht – so wie es angewandt wird – nicht mehr annehmen, muss dies ein schrilles Alarmsignal für den Gesetzgeber sein.

³ Siehe nur *Berger NJW* 2010, 465, 466.