

Allgemeine Geschäftsbedingungen im B2B-Verkehr in
Deutschland, der Schweiz und England -
unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsklauseln in
Kaufverträgen und der ökonomischen Analyse des Rechts

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Bettina Charlotte Richter

aus: Hannover

Referent: Professor Dr. Klaus Peter Berger, LL.M.

Korreferent: Professor Dr. Heinz-Peter Mansel

Tag der mündlichen Prüfung: 04. November 2013

Vorwort und Danksagung

Diese Arbeit hat der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln im Jahr 2013 als Dissertation vorgelegen. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum 30. April 2013 berücksichtigt.

Mein Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Klaus Peter Berger, für die Betreuung dieser Arbeit, insbesondere für den zeitlichen und inhaltlichen Freiraum bei ihrer Erstellung und die hilfreichen Hinweise zur Struktur, sowie für die äußerst zügige Erstellung des Erstgutachtens. Mein Interesse am Thema dieser Dissertation weckte Herr Prof. Berger, als er selbst in einem Aufsatz in der Neuen Juristischen Wochenschrift „Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr“ votierte (NJW 2010, S. 465-470). In der Folge nahm er mich zu einem AGB-Symposium bei der Kanzlei Oppenhoff & Partner mit. Dort wurde das Thema so kontrovers diskutiert, dass ich den Entschluss fasste, darüber zu promovieren.

Ebenso danke ich dem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. Heinz Peter Mansel, insbesondere für seine konstruktiven Hinweise im Hinblick auf die Veröffentlichungsfassung und die äußerst schnelle Erstellung seines Gutachtens.

Der Großteil dieser Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Bankrecht der Universität zu Köln. Meinen ehemaligen Kollegen dort, insbesondere Frau Heidi Potschka und Herrn Dr. Bernd Scholl gebührt ein herzlicher Dank für die angenehme Arbeitsatmosphäre und viele hilfreiche Hinweise zu meiner Arbeit. Die Zeit am Institut wird mir stets in guter Erinnerung bleiben.

Besonders gedankt sei auch Herrn Dr. Philipp Verenkotte, Frau Beatrix von Rantzau und Frau Juliane Thon, LL.M., für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

Schließlich möchte ich meiner Familie und meinen Freunden meinen herzlichsten Dank aussprechen. Sie haben mich jederzeit unterstützt und mir auch in schwierigen Phasen der Promotionszeit geholfen, den Blick auf die angenehmen Seiten des Lebens nicht zu verlieren.

Köln, im Juli 2014,

Bettina Richter

Allgemeine Geschäftsbedingungen im B2B-Verkehr in Deutschland, der Schweiz und England

– unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsklauseln in Kaufverträgen und der ökonomischen Analyse des Rechts

Abkürzungsverzeichnis	VIII
Einleitung.....	1
<i>I. Untersuchungsgegenstand</i>	<i>1</i>
<i>II. Gang der Darstellung</i>	<i>3</i>
A. AGB und ihre Kontrolle – ein Tauziehen zwischen Unternehmern und Gesetzgeber .5	.5
<i>I. Unternehmerisches Bedürfnis nach AGB-Verwendung.....</i>	<i>5</i>
<i>II. Begründungsansätze für die AGB-Kontrolle.....</i>	<i>6</i>
1. Rechtsökonomischer Ansatz.....	7
a) Privatautonomie führt zu Allokationseffizienz.....	7
b) Probleme durch AGB: Informationsgefälle, Marktversagen.....	8
c) Ziele der AGB-Kontrolle: Mindestqualität von AGB, Allokationseffizienz	11
2. Vertragstheoretischer Ansatz	12
a) Privatautonomie beruht auf Selbstbestimmung.....	12
b) Problem durch AGB: Fremdbestimmung	14
c) Ziel der AGB-Kontrolle: Interessenausgleich	16
3. Stellungnahme	18
a) Gemeinsamkeiten der beiden Ansätze	18
b) Die Eingriffsschwelle für eine Klauselkontrolle.....	18
c) Der Maßstab für eine „gerechte“ Risikoverteilung	19
d) Zwischenergebnis.....	20
<i>III. Versuche zur Vermeidung der AGB-Kontrolle im internationalen Handel</i>	<i>20</i>
1. Mögliche Konstellationen	20
2. Rechtswahl bei grenzüberschreitenden Sachverhalten und CISG.....	21

3. Rechtswahl bei Binnensachverhalten.....	23
a) Staatliche Gerichte	23
b) Schiedsgerichte	23
4. Anwendbares Recht bei fehlender Rechtswahl.....	24
5. Verhältnis des CISG zum nationalen (AGB-)Recht	25
6. Englands Sonderweg für internationale Verträge	26
a) Unfair Contract Terms Act 1977.....	26
(aa) Keine Kontrolle internationaler Lieferverträge.....	26
(bb) Keine Kontrolle bei konstitutiver Wahl englischen Rechts	28
b) Der „Unfair Terms in Contracts“-Report.....	28
(aa) Hintergrund.....	28
(bb) Teilweise Kontrolle internationaler Lieferverträge	29
(cc) Keine Kontrolle bei konstitutiver Wahl englischen Rechts	30
B. Die Abgrenzung von AGB zu Individualvereinbarungen.....	32
<i>I. Einseitige Vorformulierung, Mehrfachverwendungsabsicht.....</i>	<i>32</i>
1. Deutschland	32
2. Schweiz	33
3. England	33
a) AGB-Begriff nach sec. 3 UCTA	33
b) AGB-Begriff im UTC-Report.....	35
<i>II. Der Einfluss von Verhandlungen</i>	<i>35</i>
1. Deutschland	36
a) Position des BGH: „Aushandeln“	36
b) Reformdiskussion.....	37
(aa) Grund und Gegenstand der Kritik.....	38
(bb) Gesetzgebungs-/Reformvorschläge	39
(cc) Resonanz im BMJ und im unternehmerischen Mittelstand.....	40
2. Schweiz	41
3. England	42
a) Diskussion unter Geltung von Sec. 3 UCTA	42
b) Diskussion und Ergebnisse im UTC-Report	45

<i>III. Vergleich</i>	46
1. Notwendigkeit der Änderung einer Klausel.....	46
2. Verträge mit Kleinunternehmen: Term-by-term-approach	47
3. Anreize zum Verhandeln durch den All-or-nothing-approach	48
4. Absolute Wertgrenzen.....	50
C. Der Unternehmerbegriff	54
<i>I. Deutschland</i>	54
<i>II. Schweiz</i>	55
<i>III. England</i>	58
1. Unternehmer-Begriff im UCTA	58
2. Unternehmerbegriff im UTC-Report.....	61
a) Unternehmer.....	61
b) Kleinunternehmer („small businesses“).....	62
<i>IV. Vergleich</i>	63
1. Kernbereich des unternehmerischen Geschäfts: Routine-Effekt	63
2. Routine-Effekt bei „Kleinunternehmen“ im Sinne des UTC-Reports?.....	66
a) Grundsatz: keine Berücksichtigung des Routine-Effekts.....	66
b) Korrektur durch Ausnahmetatbestände?	67
D. Einbeziehung von AGB in den Vertrag.....	69
<i>I. Deutschland</i>	69
1. Allgemeine Einbeziehungsvoraussetzungen	69
2. Überraschende Klauseln nach § 305c Abs. 1 BGB	71
a) Ungewöhnlichkeit.....	71
b) Überraschungsmoment	72
<i>II. Schweiz</i>	73
1. Allgemeine Einbeziehungsvoraussetzungen	73
2. Ungewöhnlichkeitsregel	74
<i>III. England</i>	75

1. Allgemeine Einbeziehungsvoraussetzungen	75
2. Die „red hand rule“	77
a) Besonders benachteiligende oder ungewöhnliche Klauseln	77
b) Gesonderter, angemessener Hinweis	79
<i>IV. Vergleich</i>	79
1. Erleichterte Einbeziehung bei laufender Geschäftsbeziehung	80
2. Routine-Effekt und Branchenangehörigkeit	81
3. Übersichtlichkeitsgebote	82
4. Hinweisobliegenheiten	83
5. Inhaltliche Kontrolle auf Einbeziehungsebene	84
E. Auslegung	85
<i>I. Deutschland</i>	85
1. Auslegungsgrundsätze	85
2. Unklarheitenregel	85
<i>II. Schweiz</i>	87
1. Auslegungsgrundsätze	87
2. Unklarheitenregel	88
<i>III. England</i>	89
1. Auslegungsgrundsätze	89
2. Die Auslegung von Haftungsausschlussklauseln	90
3. Unklarheitenregel	92
<i>IV. Vergleich</i>	93
1. Informationsgefälle und Unklarheitenregel	93
2. Inhaltliche Kontrolle auf Auslegungsebene	94
F. Inhaltskontrolle	95
<i>I. Zusammenhang zwischen Informationsgefälle und Inhaltskontrolle</i>	95
<i>II. Deutschland</i>	95

1. Die Generalklausel des § 307 BGB.....	95
a) Verbot unangemessener Benachteiligung	96
b) Transparenzgebot	100
c) Leitbild des dispositiven Rechts.....	102
d) Aushöhlungsverbot	103
(aa) Abstrakte Haftungsbegrenzung	104
(bb) Summenmäßige Haftungsbegrenzung	106
2. Die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB.....	107
a) „Indizwirkung“ im unternehmerischen Verkehr	107
b) Das Differenzierungsgebot des § 310 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB	108
c) Insbesondere: § 309 Nr. 7 b) BGB	110
3. Reformdiskussion	111
4. Inhaltskontrolle durch die Unklarheitenregel, § 305c Abs. 2 BGB	113
<i>III. Schweiz.....</i>	<i>114</i>
1. Keine offene Inhaltskontrolle	114
2. Verdeckte Inhaltskontrolle durch die Ungewöhnlichkeitsregel	116
a) Schwäche oder Unerfahrenheit des Vertragspartners	116
b) Subjektive Ungewöhnlichkeit der Klausel.....	118
c) Objektive Ungewöhnlichkeit der Klausel.....	119
(aa) Leitbild des dispositiven Rechts	119
(bb) Werkvertrag.....	120
(cc) Kaufvertrag.....	120
(1) Sachmangelbegriff.....	120
(2) Untersuchungs- und Rügepflicht.....	121
(3) Rechtsbehelfe.....	121
(i) Wandelung.....	121
(ii) Schadensersatz	122
(4) Gewährleistungsausschlüsse und ihre Grenzen.....	124
(i) Grundsatz: Abdingbarkeit	124
(ii) Grenze: Arglistiges Verschweigen.....	125
(iii) Verhältnis von Art. 199 OR zu Artt. 100, 101 OR	125
(5) Verjährung.....	128
3. Verdeckte Inhaltskontrolle durch die Unklarheitenregel	128

<i>IV. England</i>	129
1. Der Reasonableness-Test im Unfair Contract Terms Act 1977.....	130
a) Funktionsweise des UCTA	130
b) Anforderungen an „Reasonableness“	131
c) Beispiele aus dem Kaufrecht	133
(aa) Verschuldensunabhängige Pflicht zum Schadensersatz	133
(bb) Umfang des Schadensersatzes	134
(cc) Entgangener Gewinn.....	136
2. Einzelne Entscheidungen	136
a) George Mitchell v Finney Lock Seeds.....	136
b) Salvage Association v Cap Financial Services	138
c) Watford Electronics v Sanderson	141
d) Zusammenfassung	142
3. UTC-Report	144
<i>V. Vergleich</i>	146
1. Vergleichsmaßstab	146
a) Cheapest cost avoider	146
(aa) Learned-Hand-Formel.....	146
(bb) Berücksichtigung des individuellen Risikos	147
b) Cheapest insurer	148
(aa) Grundsätze.....	148
(bb) Problem: Berücksichtigung der Risikogeneigtheit.....	150
c) Cheapest risk bearer.....	151
2. Möglichkeit der Berücksichtigung ökonomischer Kriterien	152
3. Verschuldensunabhängige Haftung.....	152
4. Fahrlässigkeitshaftung und die Learned-Hand-Formel	153
a) Kein Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit	153
b) Geringe Beachtung der Learned-Hand-Formel	155
5. Günstigere Vermeidbarkeit des Schadens.....	156
6. Günstigere Versicherbarkeit des Schadens	159
7. Effizienz von Rügeobliegenheiten	161

G. Sonderproblem geltungserhaltende Reduktion	162
<i>I. Deutschland.....</i>	<i>162</i>
<i>II. Schweiz.....</i>	<i>163</i>
<i>III. England</i>	<i>165</i>
<i>IV. Vergleich</i>	<i>167</i>
H. Fazit.....	170
Anhang	175
<i>Auszüge aus dem Obligationenrecht</i>	<i>175</i>
<i>Auszüge aus dem Unfair Contract Terms Act 1977.....</i>	<i>178</i>
<i>Auszüge aus dem Sale of Goods Act</i>	<i>182</i>
<i>Auszüge aus dem Unfair Terms in Contracts – Draft.....</i>	<i>184</i>
Literaturverzeichnis.....	188

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegeben Ort
ABl. L	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Ausgabe L: Rechtsvorschriften
Abs.	Absatz
A.C.	Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976, BGBl. I S. 3317
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
All E.R. (Comm)	All England Reports (Commercial Cases)
Anh.	Anhang
AnwBl	Anwaltsblatt
Art.	Artikel (Einzahl)
Artt.	Artikel (Mehrzahl)
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (Schweiz)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
Az.	Aktenzeichen
B2B	Business-to-business
B2C	Business-to-consumer
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BB	Betriebsberater
BBl	Bundesblatt
BCLC	Butterworths Company Law Cases
BG	Bundesgericht (Schweiz)

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Berner Kommentar
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (engl.: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), auch: UN-Kaufrecht
CLC	Commercial Law Cases
C.L.J.	Cambridge Law Journal
Comp. Law	Company Lawyer
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe/n
Diss.	Dissertation
DWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E	Erwägungsgrund
Ebda.	Ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EWHC	High Court of England and Wales
f.	Folgende
ff.	Fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift, Festgabe
F.S.R.	Fleet Street Reports
HAVE	Haftung und Versicherung
HGB	Handelsgesetzbuch
HH	His Honour

Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IHK	Industrie- und Handelskammer
IntGV	Internationaler Geschäftsverkehr
i.S.(v.)	im Sinne (von)
J.I.B.L.R.	Journal of International Banking Law and Regulation
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
lit.	littera (Buchstabe)
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
Ls	Leitsatz
Ltd	Limited
L.Q.R.	Law Quarterly Review
m.	mit
Mio.	Million
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N.I.L.Q.	Northern Ireland Law Quarterly
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW(-RR)	Neue Juristische Wochenschrift (Rechtsprechungs-Report)
NZBAu	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
o.g.	oben genannte/r
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911
QB	Queen's Bench
QC	Queen's Counsel
P/W/W	Prütting/Wegen/Weinreich
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
S.	Siehe, Seite
S.a.	Siehe auch

S.C. (H.L.)	Session Cases, House of Lords (Scotland)
Sec.	Section
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SLT (Sh Ct)	Scots Law Times (Sheriff Court Reports)
S.o.	Siehe oben
Sog.	sogenannte/r
SoGA	Sale of Goods Act 1979
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Schweiz)
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
S.u.	Siehe unten
Subs.	Subsection
TCC	Technology & Construction Court
u.a.	und andere; unter anderem
u.ä.	und ähnliche/s
U/B/H	Ulmer/Brander/Hensen
UCTA	Unfair Contract Terms Act 1977
UK	United Kingdom
Univ.	Universität
UTC	Unfair Terms in Contracts
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	versus
Vgl.	Vergleiche
Vol.	Volume
W/L/P	Wolf/Lindacher/Pfeiffer
WLR	Weekly Law Reports
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

ZSR Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Zugl. Zugleich

Einleitung

I. Untersuchungsgegenstand

Kaum ein Vertrag zwischen Unternehmern kommt ohne Allgemeine Geschäftsbedingungen aus. Doch welche Klauseln haben vor welchen nationalen staatlichen Gerichten Bestand? Unterliegen AGB im internationalen unternehmerischen Verkehr einer wie auch immer gearteten Kontrolle? Lohnt es sich für die Unternehmer, das Recht eines bestimmten Staates für anwendbar zu erklären, das möglicherweise „AGB-freundlicher“ ist?

An dieser letzten Frage wird deutlich, dass die AGB-Kontrolle eine entscheidende Rolle im Wettbewerb der Rechtsordnungen um das „beste“ Vertragsrecht spielt. Dass ein Wettbewerb der Rechtsordnungen existiert, steht spätestens seit dem „battle of brochures“¹ außer Frage. Die „Law Society of England and Wales“ brachte 2007 eine Broschüre mit dem Titel „England and Wales – The Jurisdiction of Choice“ heraus, um das englische Recht zu bewerben². Im Vorwort von *Jack Straw* (Secretary of State for Justice and Lord Chancellor) heißt es: „People come here because they want to conduct their business in a country that offers a flexible and dependable legal system“³. Betont wird neben der Flexibilität die wirtschaftsnahe Ausrichtung englischen Rechts: „Based on freedom of contract, supporting commerce“⁴. Daraufhin zogen Berufsverbände deutscher Juristen nach und veröffentlichten 2008 die Broschüre „Law - Made in Germany“⁵. Darin unterstreichen die Herausgeber, dass die Kodifikation des deutschen Rechts zu mehr Rechtssicherheit führe: „Deutsches Recht ist vorhersehbar und verlässlich. Der Gesetzgeber gibt Systematik und Struktur vor, Rechtsanwälte und Notare gestalten den Einzelfall“⁶.

¹ K. P. Berger, Creeping Codification, S. 26.

² The Law Society of England and Wales (Hrsg.), England and Wales - The Jurisdiction of Choice, 2007; derzeit nicht mehr online verfügbar.

³ S. 3 der „Jurisdiction of Choice“-Broschüre.

⁴ S. 7 der o.g. Broschüre.

⁵ Bundesnotarkammer, Bundesrechtsanwaltskammer u.a. (Hrsg.), Law – Made in Germany, abrufbar unter http://www.lawmadeingermany.de/Law-Made_in_Germany.pdf, zuletzt abgerufen am 14.03.2013.

⁶ S. 6 der „Law Made in Germany“-Broschüre.

Warum bewerben die jeweiligen Herausgeber ihre heimischen Privatrechtsordnungen dergestalt? Welches Interesse haben sie daran, im Wettbewerb der Rechtsordnungen zu bestehen? Recht ist ein Standortfaktor, den es nicht zu unterschätzen gilt. *Eidenmüller* hielt fest, dass der „Export“ einer Rechtsordnung auch den realwirtschaftlichen Export erleichtere, da die Unternehmen sich dann in vertrauten rechtlichen Strukturen bewegen⁷. Hinzu komme: „Wenn die Gesetze eines Staates gut im Geschäft sind, dann geht es auch der steuerzahlenden Beratungsbranche gut“⁸. So wurden beispielsweise in England die Gewinne aus der Beratung von Ausländern im englischen Recht für die späten 1990er Jahre auf ca. £800 Millionen jährlich geschätzt⁹. In erster Linie sind die Herausgeber also wohl wirtschaftlich motiviert: Die vermehrte Anwendung heimischen Rechts führt zu höheren Einnahmen, seien es Steuereinnahmen oder unmittelbare Einnahmen aus Beratung.

AGB spielen in diesem Wettbewerb der Rechtsordnungen eine entscheidende Rolle. Für deutsche Unternehmen liegt der Hauptgrund für die Wahl eines fremden Rechts meist darin, die strenge Kontrolle der deutschen Rechtsprechung zu umgehen¹⁰. Der Rechtsstandort Deutschland verliert so an Gewicht; im „Kampf um das beste Vertragsrecht“ gehen andere als Sieger hervor.

Die AGB-Kontrolle des BGH im unternehmerischen Geschäftsverkehr wird von vielen Stimmen aus Literatur und Praxis als zu streng kritisiert¹¹. Sie trage dazu bei, dass Unternehmen vielfach die Flucht ins ausländische (insbesondere schweizerische) Recht¹² einschlugen, d.h. durch Rechtswahlklauseln anderes als deutsches Recht für anwendbar erklärten, um der Klauselkontrolle zu entgehen. Nur so könnten im internationalen Handelsverkehr übliche Klauseln wirksam

⁷ *Eidenmüller*, JZ 2009, 641 (643).

⁸ *Ders.*, JZ 2009, 641 (641), so auch *Kondring*, RIW 2010, 184 (191).

⁹ *Jack*, S. 21.

¹⁰ *Eidenmüller*, JZ 2009, 641 (645 a.E.), *Steinberger*, BB 2009, M1 (Die Erste Seite).

¹¹ *Acker/Bopp*, BauR 2009, 1040 (1044); *K. P. Berger*, ZIP 2006, 2149; *ders.*, NJW 2010, 465 (467f.); *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309 (314); *Kessel/Jüttner*, BB 2008, 1350, passim; *Koch*, BB 2010, 1810 (1811f.); *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158 (160f.); *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658 (2660f.).

¹² *Brachert/Dietzel*, ZGS 2005, 441 (441); *Steinberger*, BB 2009, M1 (Die Erste Seite); bestätigt aus der schweizerischen Rechtspraxis von *Voser/Boog*, RIW 2009, 126 (126).

vereinbart werden, z.B. summenmäßige Haftungsbegrenzungen und -ausschlüsse für bestimmte Folgeschäden wie Produktionsausfall und entgangenen Gewinn¹³. Mit der Forderung nach deutschem Recht könnten deutsche Unternehmen sich gegenüber ausländischen Vertragspartnern nicht (mehr) durchsetzen. Andere Stimmen meinen dagegen, das deutsche AGB-Recht habe sich bewährt und habe die Rechtsprechung stets zu angemessenen Ergebnissen geführt¹⁴. Die kontrovers geführte Diskussion ist auch in der Tagespresse angekommen¹⁵. Eine repräsentative Umfrage der Universität Oxford unter 100 grenzüberschreitend tätigen europäischen Unternehmen bestätigt die schwindende Attraktivität deutschen Rechts. Ihr zufolge wird bei den meisten grenzüberschreitenden Verträgen englisches Recht gewählt, dicht gefolgt von schweizerischem Recht¹⁶. Wo eine Nachfrage ist, lässt das Angebot nicht lange auf sich warten: der Seminarveranstalter „Management Circle“ bot im Jahr 2012 mindestens zwei Seminare zum „Schweizer Recht im Anlagenbau“ an¹⁷. Er bewarb sie unter anderem mit den Slogans „Vorteile gegenüber deutschem Recht nutzen“ und „Flexibilität bei AGB in Unternehmerverträgen“.

II. Gang der Darstellung

Wie gezeigt, ist die Wirtschaftsfreundlichkeit einer Rechtsordnung ein wichtiger Standortfaktor. Das schweizerische und englische Recht scheinen das deutsche Recht dabei hinter sich zu lassen, sodass dessen Praxistauglichkeit für AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr zunehmend diskutiert wird.

Diese Arbeit befasst sich daher rechtsvergleichend mit dem deutschen, englischen und schweizerischen Recht der AGB-Kontrolle. Das englische Recht ist

¹³ Steinberger, BB 2009, M1 (Die Erste Seite).

¹⁴ Z.B. v. Westphalen, NJW 2009, 2977; ders., BB 2011, 195 (199f).

¹⁵ Für eine Änderung des AGB-Rechts Joachim Jahn, „Zerstörte Vertragsfreiheit“, Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) vom 07.02.2012, S. 9; s.a. auch das Interview mit dem Präsidenten des Deutschen Anwaltvereins Wolfgang Ewer, FAZ vom 18.01.2012, S. 19; gegen eine Änderung Michael Knipper, Hauptgeschäftsführer des Hauptverbands der Deutschen Bauindustrie, „Kampf fürs Kleingedruckte“, Handelsblatt vom 06.02.2012, S. 19.

¹⁶ Oxford Institute of European and Comparative Law, Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law, 2008, abrufbar unter <http://denning.law.ox.ac.uk/iecl/ocjsurvey.shtml>; S. 14 unten (zuletzt abgerufen am 14.03.2013).

¹⁷ <http://www.managementcircle.de/seminar/schweizer-recht-im-anlagenbau.html>, zuletzt abgerufen am 03.08.2012 – das Seminar scheint aktuell nicht mehr angeboten zu werden.

eine Teilrechtsordnung des Vereinigten Königreiches¹⁸; es gilt nicht in Nordirland, Schottland, auf den Kanalinseln und der Isle of Man¹⁹. Das UN-Kaufrecht wird in Verträgen international tätiger deutscher Unternehmen oft formularmäßig ausgeschlossen²⁰, daher wird es in dieser Arbeit nur am Rande behandelt.

Die Untersuchung wird zuerst kurz darstellen, warum ein unternehmerisches Bedürfnis nach Allgemeinen Geschäftsbedingungen besteht. Anschließend werden zwei unterschiedliche Begründungsansätze dafür vorgestellt, warum eine Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen auch im unternehmerischen Verkehr geboten ist. Diese Arbeit zeigt auf, dass eine gesamtökonomische Betrachtungsweise für die Untersuchung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr am sinnvollsten ist. Denn zum einen gibt es nicht „die Unternehmersicht“. Ein kleiner Handwerksbetrieb hat eine andere Perspektive und andere Erwartungen als ein international agierender Großkonzern. Deshalb sind davon unabhängige Kriterien erforderlich, um bewerten zu können, welche Regelung sinnvoll ist und welche nicht. Zum anderen bietet die ökonomische Analyse des Rechts mit dem Bild des vollständigen Vertrags (s.u. S. 7f., S. 146ff.) ein Referenzsystem, das es erlaubt, die Risikoordnung eines Vertrags zu überprüfen, ohne dabei auf das dispositive Recht eines Staates zurückgreifen zu müssen.

Anhand ökonomischer Kriterien soll gezeigt werden, wie die ausgewählten Rechtsordnungen einzelne typische Klauseln behandeln und welche Regelungen vorzugswürdig sind. Die Untersuchung wird zeigen, dass sich grob unterteilen lässt in solche Regelungen, die ein Informationsungleichgewicht zwischen den Parteien betreffen, und solche Regelungen, die die Risikoverteilung zwischen den Parteien betreffen. Der Vergleich orientiert sich an den funktionalen Ebenen, die das deutsche Recht kennt. Er zeigt dort jeweils vergleichbare Punkte des schweizerischen und englischen Rechts auf. Es folgen Analyse und Vergleich vor rechtsökonomischem Hintergrund.

¹⁸ Brödermann/Rosengarten, Rn. 205, 207.

¹⁹ von Bernstorff, Einführung, S. 1.

²⁰ Stoffels, Rn. 257; s. dazu näher S. 25ff.

A. AGB und ihre Kontrolle – ein Tauziehen zwischen Unternehmern und Gesetzgeber

I. Unternehmerisches Bedürfnis nach AGB-Verwendung

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind wesentlicher Bestandteil des europäischen B2B-Verkehrs²¹ und nach Ansicht einiger Autoren inzwischen an die Stelle von Handelsbräuchen getreten²². Es gibt mehrere Gründe für ihre Verwendung, die im Folgenden skizziert werden.

Indem der Unternehmer seine Vertragsbedingungen standardisiert, spart er in vielfältiger Hinsicht Kosten²³. Nach *Bauer* ergibt sich das Erfordernis der Standardisierung "geradezu zwingend" aus betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten²⁴: Die Vermeidung ständig neuer Vertragsverhandlungen spart Zeit²⁵ und der innerbetriebliche Verwaltungsaufwand wird minimiert²⁶. Es wird sichergestellt, dass der Vertragswillen des Unternehmers durch die Geschäftsvertreter richtig kommuniziert wird²⁷. Weiterhin kann der Unternehmer durch AGB eine sichere Kalkulationsgrundlage schaffen und das zukünftige Prozessrisiko mindern²⁸.

Ein Bedürfnis nach AGB entsteht auch dann, wenn die fragliche Materie (noch) nicht oder nicht umfassend gesetzlich geregelt ist. Können vertragliche Lücken sonst durch Gesetzesrecht geschlossen werden (sog. Entlastungsfunktion des dispositiven Rechts)²⁹, entlasten in diesen Fällen AGB die Verhandlungen der Vertragsparteien. So wird den Bedürfnissen des unternehmerischen Geschäftsverkehrs flexibler und zeitnäher Rechnung getragen als durch Schaffung neuen Gesetzesrechts.

²¹ *Palandt/Grüneberg*, vor § 305 Rn. 3; *Pfeiffer*, in *W/L/P*, AGB-Recht, Einl. Rn. 1; *Leuschner*, JZ 2010, 875 (875); für die Schweiz *B. Berger*, Rn. 949 („aus dem heutigen Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken“); *Baudenbacher*, ZBJV 1987, 505 (506); *Merz*, S. 137 (141).

²² *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658 (2659).

²³ *Adams*, BB 1989, 781 (782); *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771 (779); *Pfeiffer*, in *W/L/P*, AGB-Recht, Einl. Rn. 1.

²⁴ *Bauer*, S. 9.

²⁵ *Bauer*, a.a.O.; *Palandt/Grüneberg*, vor § 305 Rn. 4.

²⁶ *Ders.*, S. 10.

²⁷ *Ders.*, a.a.O.; *Raiser*, AGB, S. 72.

²⁸ *Bauer*, S. 10f.

²⁹ *Schäfer/Ott*, S. 455; s.a. *Adams*, BB 1989, 781 (781); *Kötz*, AnwBl 2010, 1 (3); *Spurr*, S. 125.

Ein weiterer, aber problematischer Grund für die weitverbreitete Verwendung von AGB liegt darin, dass der Verwender die AGB einseitig gestalten kann und dabei, seinem unternehmerischen Interesse entsprechend, meist möglichst viele Risiken auf seinen Vertragspartner abzuwälzen versucht³⁰. Diese Gefahr unangemessener Risikoabwälzung wird als Hauptanlass für eine gesetzliche oder richterliche Kontrolle von AGB angesehen³¹.

II. Begründungsansätze für die AGB-Kontrolle

Die folgenden Erklärungsmodelle und die anschließende Stellungnahme dienen dem Ziel, einen gemeinsamen Vergleichsmaßstab für die untersuchten Rechtsordnungen herauszuarbeiten.

Warum die Verwendung von AGB in Verträgen problematisch sein und wie das Recht es möglicherweise korrigieren kann, lässt sich aus verschiedenen Perspektiven beschreiben. Die zwei maßgeblichen Strömungen sind die im Folgenden „rechtsökonomisch“ und „vertragstheoretisch“ genannten Ansätze. Jeder Begründungsansatz wird gesondert vorgestellt, mit dem Augenmerk auf dessen Brauchbarkeit für den unternehmerischen Geschäftsverkehr sowie mögliche Unterschiede zu und Gemeinsamkeiten mit dem anderen Ansatz. Die Darstellung enthält mehrere Ebenen, die das Verständnis des jeweiligen Ansatzes vom Zusammenhang von Vertragsfreiheit, AGB und AGB-Kontrolle erläutern sollen. Diese Ebenen finden sich in beiden Ansätzen wieder und machen so deren Nebeneinander deutlich.

Die erste Ebene ist die Privatautonomie als Grundprinzip der untersuchten Rechtsordnungen. Die vorgestellten Begründungsansätze betonen unterschiedliche Ausprägungen bzw. Folgen der Privatautonomie. Auf der zweiten Ebene stehen die Probleme, zu denen Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Privatautonomie führen können. Vertragstheoretische und rechtsökonomische Perspektive unterstreichen hier unterschiedliche Auswirkungen und haben somit unterschiedliche

³⁰ *Adams*, BB 1989, 781 (782); *Palandt/Grüneberg*, vor § 305 Rn. 6; *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491 (504); *Pfeiffer*, in *W/L/P*, AGB-Recht, Einl. Rn. 3; *Raiser*, AGB, S. 93; *Stoffels*, Rn. 72f.; *Zweigert/Kötz*, S. 324.

³¹ *Palandt/Grüneberg*, vor § 305 Rn. 6, 8; *Leuschner* a.a.O.; *Pfeiffer* a.a.O., Rn. 4; für die Schweiz *Baudenbacher*, ZBJV 1987, 505 (507); *B. Berger*, Rn. 958.

Ausgangspunkte für ihre Lösungsansätze. Die dritte Ebene ist schließlich die „Lösungsebene“, d.h. die (angestrebte) Lösung der aufgezeigten Probleme durch eine AGB-Inhaltskontrolle. Hieraus ergeben sich jeweils Anforderungen an das (AGB-)Recht. Schließlich begründet die Stellungnahme, warum der rechtsökonomische Ansatz die Grundlage der weiteren Betrachtung sein wird.

1. Rechtsökonomischer Ansatz

a) Privatautonomie führt zu Allokationseffizienz

Aus rechtsökonomischer Perspektive kann Vertragsfreiheit in einem funktionsfähigen Wettbewerb die Ressourcen an den Ort ihrer wertvollsten Verwendung steuern (sog. Allokationseffizienz)³². Wenn alle Marktteilnehmer den Inhalt ihrer Verträge frei bestimmen, bilden sich Marktpreise, die den tatsächlichen Bedarf am Gut widerspiegeln. Die Produktion ist effizient, und Anreize zu Innovationen entstehen³³. Vertragsfreiheit dient hiernach nicht nur dem Nutzen des Einzelnen, sondern dem Nutzen der gesamten Gesellschaft, sodass sie mittelbar zur Mehrung der allgemeinen Wohlfahrt führt³⁴.

Damit es zu einer solchen Nutzenmaximierung durch Verträge kommt, müssen Verträge zunächst fair sein, d.h. Täuschung, Drohung, Preisdiktat oder Monopolmacht müssen ausgeschlossen sein³⁵. Weiterhin müssen die Vertragsparteien bei Vertragsschluss alle möglichen Risiken bedenken, die sich während der Vertragslaufzeit realisieren könnten und sie der einen oder anderen Partei zuordnen. Denn sie erreichen den größtmöglichen Nutzen, wenn sie jedes Risiko demjenigen zuordnen, der es mit den geringsten Kosten vermeiden (cheapest cost avoider), versichern (cheapest insurer) oder auf sonstige Weise bewältigen („superior“ oder „cheapest risk bearer“) kann³⁶. *„Wenn z.B. [...] der Käufer das Risiko der Schlechtlieferung übernimmt, das er überhaupt nicht beherrschen kann, so wird er erhebliche Abschläge vom Kaufpreis für die Übernahme dieses Risikos fordern. Da der Verkäufer dieses Risiko besser steuern*

³² Schäfer/Ott, S. 423; Lehmann, S. 172.

³³ Schäfer/Ott, a.a.O.

³⁴ Kötz, JuS 2003, 209 (210).

³⁵ Schäfer/Ott, S. 423.

³⁶ Dies., S. 431/432, engl. Begriffe S. 436, 437, 442; s.a. Kötz, JuS 2003, 209 (214); Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771 (780); Becker, WM 1999, 709 (715); Baudenbacher, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle, S. 17 (26).

kann, wird er es vorziehen, es selbst zu tragen und dafür im Verhältnis zur Alternativregelung einen höheren Produktpreis erhalten. Es ist daher für beide Seiten vorteilhaft, in einem vollständigen Vertrag das Risiko der Schlechtlieferung dem Verkäufer zuzuordnen³⁷. Zur Bewältigung des Risikos entstehen dann für beide Parteien geringere Kosten, als wenn die andere Partei das Risiko tragen würde.

Dieses Idealbild eines Vertrags, bei dem die Parteien bei den Verhandlungen alle möglichen Risiken bedenken und entsprechend zuordnen, wird in der ökonomischen Analyse des Rechts als „vollständiger Vertrag“ bezeichnet³⁸. Er kommt zwar in der Realität nicht vor, dient aber als wichtiges Referenzsystem bei der Frage, wie Lücken in einem Vertrag zu schließen sind bzw. wie eine faire Risikoverteilung ausgesehen hätte³⁹.

b) Probleme durch AGB: Informationsgefälle, Marktversagen

Aus rechtsökonomischer Sicht sind Allgemeine Geschäftsbedingungen aus folgenden Gründen problematisch: Der Preis, den der Leistungsnachfrager zu zahlen bereit ist, hängt davon ab, was er als Gegenleistung dafür erhält. Zu dieser Gegenleistung gehört nicht nur der eigentliche Vertragsgegenstand (z.B. die Ware, die Dienstleistung o.ä.), sondern dazu gehören auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Sie gestalten die Vertragsbeziehung maßgeblich mit, indem sie Risiken verteilen. Wenn der Kunde die AGB vergleichen würde, würde er sich für diejenigen entscheiden, die die Risiken am gerechtesten verteilen, also dem „vollständigen Vertrag“ am nächsten kommen⁴⁰.

"Damit es nun zu funktionsfähigem Wettbewerb um AGB-Klauseln kommt, müsste sich der Konsument folgendermaßen verhalten: Er besorgt sich die AGB aller in Frage kommenden Geschäfte, listet die verschiedenen Risiken auf und stellt Überlegungen darüber an, mit welcher Wahrscheinlichkeit sich jedes Risiko verwirklicht und wie hoch in diesem Fall der erwartete Schaden für ihn ist. Dann addiert er die Erwartungswerte aller durch die AGB verursachten erwarteten

³⁷ Schäfer/Ott, S. 431f.

³⁸ Schäfer/Ott a.a.O.; Stolz, KMu, S. 24; Wienhaus, S. 47ff, s. dazu näher unten S. 143ff.

³⁹ Schäfer/Ott, S. 432.

⁴⁰ Dies., S. 553.

Nachteile^{41]} und fügt die Summe dem zu zahlenden Marktpreis hinzu. Unter Berücksichtigung dieser Rechenoperation würde er dann die Ware mit dem niedrigsten so ermittelten Betrag kaufen⁴².

Dass das nicht passiert, liegt auf der Hand und ist auch rational zu begründen⁴³: Es lohnt sich für den Konsumenten nicht. Gemessen am Nutzen, den ihm der Vertragsabschluss bringt, sind die Kosten, sich genau über die AGB zu informieren und sie zu vergleichen, meist zu hoch⁴⁴. Genauso würde eine Verhandlung über die AGB meist einen Aufwand (und damit Kosten) verursachen, der außer Verhältnis zum finanziellen Wert der Transaktion stünde⁴⁵. Das hat zur Folge, dass AGB in den meisten Fällen nicht gelesen werden⁴⁶. Der Verwender der AGB erlangt dadurch gegenüber seinem Vertragspartner den Vorteil, genau über die Konditionen informiert zu sein, während es der Vertragspartner nicht ist: Es liegt eine sog. Informationsasymmetrie vor⁴⁷. Wie sich später zeigen wird, stellt diese Informationsasymmetrie eine wichtige Schnittstelle der ökonomischen zur vertragstheoretischen Perspektive dar.

Wie oben (S. 7f.) gezeigt, hängt eine Nutzensteigerung beider Vertragsparteien davon ab, wie nahe der Vertrag dem Ideal des „vollständigen Vertrags“ kommt. Die Informationsasymmetrie führt jedoch dazu, dass der Vertragspartner die Qualität der AGB bei Vertragsschluss nicht beurteilen kann. Es ist für ihn nur unter unverhältnismäßig hohem Aufwand erkennbar, wie die vertraglichen Risiken verteilt sind. Daher kann der Anbieter Risiken auf ihn abwälzen, so Kosten einsparen und seine eigenen Gewinne erhöhen⁴⁸. Dies sei an folgendem Beispiel in Anlehnung an *Spurr*⁴⁹ verdeutlicht: Angenommen, ein Parkhausbetreiber schließe in seinen AGB die Haftung für Beschädigung oder Diebstahl aus. Er

⁴¹ Unter dem Erwartungswert eines Risikos versteht man die durchschnittlichen Kosten eines Risikos, wenn man es unendlich mal eingehen würde, vgl. *Schäfer/Ott*, S. 436.

⁴² *Schäfer/Ott*, S. 553f.

⁴³ Vgl. *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771 (788, 796): „rationale Ignoranz“.

⁴⁴ *Adams*, BB 1989, 781 (784); *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491; *Schäfer/Ott*, S. 496.

⁴⁵ *Jansen*, ZEuP 2010, 69 (84); *Kötz*, JuS 2003, 209 (211), *Wurmnest*, in MüKo BGB, § 307 Rn. 41.

⁴⁶ *Adams*, BB 1989, 781 (784); *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771 (783).

⁴⁷ *Kötz*, JuS 2003, 209 (212, 213), *Beimowski*, S. 15 (Informationsgefälle); *Oetker*, AcP 212 (2012), 202 (218).

⁴⁸ *Schäfer/Ott*, S. 554.

⁴⁹ *Spurr*, S. 132.

ordnete damit das Beschädigungs- und Diebstahlrisiko dem Parkhausbenutzer zu, denn der Benutzer müsste die Kosten für Beschädigung oder Diebstahl tragen. Jedoch könnte der Betreiber die Verwirklichung dieser Risiken normalerweise zu geringeren Kosten verhindern oder versichern als der Parkhausbenutzer. Er kann Sicherheitsvorkehrungen treffen oder eine Diebstahlversicherung abschließen und die Kosten für beides auf die Masse der Benutzer umlegen⁵⁰. So mögen ihn seine Maßnahmen pro Auto 2€ kosten. Angenommen, er ergreife keine solchen Maßnahmen, betrüge der Erwartungswert des Beschädigungs- oder Verlustrisikos pro Auto 3€ (bei einer Wahrscheinlichkeit von 1:10 000 und einem dann eintretenden Verlust in Höhe von 30 000€). Es wäre also effizient, wenn der Vertrag dem Parkhausbetreiber das Risiko zuordnen würde, da er es zu geringeren Kosten tragen kann. Dies geschieht jedoch nicht, weil kein Parkhausnutzer durch die Stadt fährt und die Bedingungen der Parkhäuser prüft und vergleicht. So entsteht die oben beschriebene Informationsasymmetrie. Der Parkhausbetreiber kann wirtschaftlich ungestraft AGB verwenden, die zu Ungunsten des Kunden sind. Die Risiken sind dann aber ineffizient verteilt, sodass der Vertrag den Gesamtnutzen der Parteien nicht steigert. Er ist marktwirtschaftlich unvorteilhaft.

Auf überindividueller Ebene tritt folgendes Wettbewerbsproblem hinzu, das meist unter dem Stichwort „market for lemons“ („Markt für Zitronen“) besprochen wird und auf einen Aufsatz von *Akerlof* zurückgeht⁵¹. Unter „Zitronen“ werden Güter verstanden, die zwar von außen gut aussehen, aber kaum für den Konsum geeignet sind⁵². Für AGB passt dieses Bild insoweit, als dass ihre Qualität für den Leistungsnachfrager nur unter unverhältnismäßig hohen Kosten erkennbar ist. Wenn sie „schlecht“ sind (also weit entfernt vom „vollständigen Vertrag“), entscheidet sich der Kunde wahrscheinlich dennoch für diesen Anbieter, wenn Preis und (erkennbare) Qualität der Leistung aus seiner Sicht stimmen. Sein Informationsdefizit führt dazu, dass kein Wettbewerb über

⁵⁰ Dieser Umstand wird von *Spurr* nicht explizit genannt, aber in vergleichbaren Beispielen zum „superior risk insurer“.

⁵¹ *Akerlof*, *The Quarterly Journal of Economics* 1970, 488ff.

⁵² *Schäfer/Ott*, S. 371/372.

die Vertragskonditionen entsteht⁵³. Der Anbieter, der über schlechte AGB Kosten spart und günstige Preise bieten kann, übt dadurch Druck auf Wettbewerber aus, nachzuziehen⁵⁴. Wenn die Anbieter sich gegenseitig unterbieten, drängen langfristig schlechte AGB gute AGB aus dem Markt (sog. „race to the bottom“)⁵⁵. Diese Abwärtsspirale kann dazu führen, dass der Markt gänzlich versagt⁵⁶.

c) Ziele der AGB-Kontrolle: Mindestqualität von AGB, Allokationseffizienz

Aus rechtsökonomischer Perspektive hat eine AGB-Kontrolle die Funktion, die oben beschriebene Abwärtsspirale zu verhindern⁵⁷. Sie soll den Verwender dazu anhalten, nicht die schlechtestmöglichen Bedingungen zu stellen, sondern ein gewisses Mindestniveau zu halten⁵⁸, damit das Kapital des Vertragspartners am Markt gewinnbringend eingesetzt werden kann. Die Einhaltung eines Mindestniveaus dient zudem allgemein dazu, dass AGB im Rechtsverkehr akzeptiert werden und sich deshalb deren positiver Rationalisierungseffekt entfalten kann⁵⁹.

Je näher die Vereinbarung dem vollständigen Vertrag kommt, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit einer effizienten Ressourcenverteilung (siehe S. 7f.). Darum kann der vollständige Vertrag als Maßstab für die AGB-Kontrolle herangezogen werden⁶⁰. Indem das Vertragsrecht die Risikozuordnung eines vollständigen Vertrages imitiert, können Informationskosten eingespart werden⁶¹.

Aus den genannten Überlegungen stellen sich folgende ökonomische Anforderungen an eine Rechtsordnung, um AGB-Verträge für alle Beteiligten zu optimieren:

⁵³ Adams, BB 1989, 781 (783f.); Becker, JZ 2010, 1098 (1101).

⁵⁴ Kötz, JuS 2003, 209 (213); Leuschner, AcP 207 (2007), 491 (502).

⁵⁵ Kötz a.a.O.; Leuschner a.a.O.; Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771 (784); Schäfer/Ott, S. 371, 554; Spurr, S. 132.

⁵⁶ Jansen, ZEuP 2010, 69 (84); Koch, BB 2010, 1810 (1812); Kötz, JuS 2003, 209 (213); Leuschner, AcP 207 (2007), 491 (502); Schäfer/Ott, S. 544.

⁵⁷ Vgl. Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771 (785): „Herstellung und Wahrung der Funktionsfähigkeit von Märkten“.

⁵⁸ Kötz, JuS 2003, 209 (213).

⁵⁹ Leuschner, AcP 207 (2007), 491 (505).

⁶⁰ Vgl. Kötz, JuS 2003, 209 (213, 214); Becker, WM 1999, 709 (715).

⁶¹ Schäfer/Ott, S. 428.

- Das Recht muss Anreize setzen, die Informationskosten für die Parteien gering zu halten, damit sie die Informationsasymmetrie überwinden. Informationen müssen transparent und leicht beschaffbar sein. Die Verschleierung oder Zurückhaltung von Informationen sollte sanktioniert werden.⁶²
- Eine inhaltliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nur dann erforderlich, wenn der Aufwand der Kenntnisnahme und Prüfung der AGB den Nutzen aus dem Vertrag übersteigt (sich Kenntnisnahme und Prüfung also nicht lohnen)⁶³.
- Eine Inhaltskontrolle sollte am vollständigen Vertrag orientiert sein. Die Risiken sollten so verteilt werden, dass jeweils der sie trägt, der dies mit den geringsten Kosten kann (s.u. S. 146ff.).

2. Vertragstheoretischer Ansatz

a) Privatautonomie beruht auf Selbstbestimmung

Der vertragstheoretische Ansatz stellt ebenfalls die Vertragsfreiheit an den Anfang der Überlegungen. *„Privatautonomie nennt man das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen. Die Privatautonomie ist ein Teil des Prinzips der Selbstbestimmung des Menschen“*⁶⁴. Die wichtigste Ausprägung dieser „Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse“ sind Verträge, weshalb „Vertragsfreiheit“ und „Privatautonomie“ oft synonym verwandt werden⁶⁵. Die Privatautonomie ist wesentliche Grundlage aller hier untersuchten Rechtsordnungen. In Deutschland wird sie durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt, als Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit⁶⁶. Für die Schweiz statuiert Art. 19 OR: „Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt

⁶² Befürwortung des Transparenzgebots im deutschen Recht und im DCFR: *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771 (797, 799), die dessen Ziel allerdings in der Erleichterung der Vertragsabwicklung sehen (799).

⁶³ *Becker*, JZ 2010, 1098 (1103f.); *Leuschner*, JZ 2010, 875 (883 aE); *Leyens/Schäfer* a.a.O., S. 791; *Schäfer/Ott*, S. 554.

⁶⁴ *Flume*, S. 1.

⁶⁵ *Ders.*, S. 12.

⁶⁶ *Di Fabio*, in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2 Abs 1, Rn. 19.

werden.“ Laut *Baudenbacher* werden „staatliche Eingriffe in die Vertragsfreiheit [...] im schweizerischen Recht aus grundsätzlichen Erwägungen in sehr viel stärkerem Masse abgelehnt als im benachbarten Ausland. Es herrscht [...] grundsätzlich die Vorstellung, alle Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr seien in der Lage, ihre Interessen selbst zu wahren“⁶⁷. In England wird die Vertragsfreiheit (freedom of contract) in Literatur und Rechtsprechung als „fundamentales Prinzip des Vertragsrechts“ bezeichnet⁶⁸. Es drücke die Bindung des englischen Rechts an die Vorstellung vom „Vertrag als Ausdruck der freien Willensentscheidung der Parteien“ aus⁶⁹ und werde im unternehmerischen Geschäftsverkehr besonders stark unterstützt⁷⁰.

Werden Vertragsklauseln von zwei selbstbestimmten Parteien ausgehandelt, so ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass ihre ursprünglich gegensätzlichen Interessen angemessen ausgeglichen werden und der Vertrag im Ergebnis eine Risikoverteilung vorsieht, die beide Parteien als gerecht empfinden. Das vertraglich Verhandelte wird dann als „gerecht“ angesehen, da es gewollt und akzeptiert wurde: „Ce qui est contractuel est juste, parce que c’est ce qui a été voulu et accepté“⁷¹. Oft wird an dieser Stelle die grundlegende Arbeit *Schmidt-Rimpler* zitiert, der die vertragliche Einigung der Parteien als die „Richtigkeitsgewähr“ des Vertragsmechanismus beschrieb⁷². Allerdings sei hinzugefügt, dass *Schmidt-Rimpler* es ablehnte, die Selbstbestimmung als (einzigen) Grundwert der Privatautonomie zu begreifen⁷³. Für ihn bestand in der vertraglichen Einigung der Parteien (unter der Voraussetzung des oben geschilderten Vertragsmechanismus) ein Korrektiv gegen eine überbordende Selbstbestimmung des Einzelnen⁷⁴. Damit bewegen sich seine Überlegungen im Ergebnis wieder auf der breiten Linie vertragstheoretischer Überlegungen, die als

⁶⁷ *Baudenbacher*, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle, S. 17 (21); s.a. *Merz*, S. 137 (157): „Wahrung der Selbstbestimmung der Parteien“.

⁶⁸ *Whittaker*, in *Chitty on Contracts*, Vol. I, Rn. 1-010 („fundamental principle of contract law“), 1-012 m.w.N.

⁶⁹ *Ders.*, Rn. 1-010 („contract as the free expression of the choices of the parties“).

⁷⁰ *Ders.*, Rn. 1-012.

⁷¹ *Tercier*, zitiert nach *Pichonnaz*, FS *Tercier*, S. 377 (379).

⁷² *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130 (157).

⁷³ *Ders.*, FS *Raiser*, 3 (17ff).

⁷⁴ *Ders.*, FS *Raiser*, S. 21f.

wesentliches Ziel des (AGB-)Vertragsrechts den Interessenausgleich durch die Verhinderung von Fremdbestimmung sehen (vgl. unten S. 14f.).

Von der Rechtsordnung zu schützen ist danach, was privatautonom vereinbart wurde. Privatautonomie beruht auf dem Prinzip der Selbstbestimmung, setzt also voraus, dass auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind⁷⁵. Was sind nun die Bedingungen selbstbestimmten Entscheidens? Dazu gehört – und hier findet sich die oben angekündigte Schnittstelle zum rechtsökonomischen Ansatz – neben der Freiheit von Drohung oder Täuschung auch das Wissen darum, über was man entscheidet und welche Folgen dies im Einzelnen haben kann. Selbstbestimmt entscheiden kann nur, wer vollständig informiert ist⁷⁶.

b) Problem durch AGB: Fremdbestimmung

Der vertragstheoretische Ansatz sieht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen die Selbstbestimmung der Verwendergegenseite und damit deren Privatautonomie eingeschränkt. Habe einer der Vertragsteile ein so starkes „Übergewicht“, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen könne, bewirke dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung⁷⁷. Mit anderen Worten: Die Selbstbestimmung des einen endet dort, wo sie zur Fremdbestimmung des anderen mutiert. Gestaltet nur einer der Vertragspartner den Inhalt des Vertrages, birgt das die Gefahr, dass er unangemessen viele Risiken auf die andere Partei abwälzt⁷⁸. Durch diese einseitige Gestaltung wird die andere Partei fremdbestimmt.

Bei der Argumentation mit einem „Ungleichgewicht“ der Parteien ist aber zu unterscheiden zwischen einem Ungleichgewicht, das sich auf die (natürliche oder juristische) Person der Parteien bezieht und einem solchen, das sich auf die AGB-typische Vertragsschlusssituation bezieht. Das personenbezogene Ungleichgewicht wird häufig als „Machtungleichgewicht“ bezeichnet, bei dem

⁷⁵ BVerfG NJW 2011, 1339 (1341); 1990, 1469 (1470).

⁷⁶ *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309 (313).

⁷⁷ BVerfG NJW 1990, 1469 (1470); *Furgler*, zitiert nach *Kramer*, SJZ 1985, 17, 33 (17).

⁷⁸ *Raiser*, AGB, S. 277; *Baudenbacher*, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle, S. 17 (25f.); *K. P. Berger*, in *P/W/W*, Vor §§ 305 ff. Rn. 1; *Stoffels*, Rn. 72f.

eine Partei der anderen (wirtschaftlich oder intellektuell) unterlegen ist⁷⁹. Es wird (bzw. wurde) gefordert, das Recht müsse diese „schwache“ Partei schützen, da sie sich selber nicht gegen die Verwendung von AGB und deren Inhalte wehren könne⁸⁰.

Zumindest im hier interessierenden B2B-Verkehr überzeugt diese Ansicht aber nicht. Zwar können dort durchaus wirtschaftliche Ungleichgewichtslagen bestehen, z.B. durch eine monopolähnliche Stellung des einen Vertragspartners. Gesucht wird aber nach dem Problem, das *durch* die Verwendung von AGB entsteht. Das Bestehen einer wirtschaftlichen Ungleichgewichtslage ist der Verwendung von AGB *vorgelagert*. Geringe Größe oder „Marktmacht“ hindern kein Unternehmen an der Verwendung von AGB⁸¹; die AGB-Verwendung ist im Unternehmerverkehr die Regel⁸². Dort ist ein persönliches (wirtschaftliches) Ungleichgewicht also kein AGB-spezifisches Problem. Darüber hinaus kann dieser Ansatz nicht die Inhaltskontrolle von AGB zur Inhaltskontrolle anderer Verträge abgrenzen⁸³: Ist ein Verhandlungspartner wirtschaftlich unterlegen, kann er sich in einer Individualvereinbarung wahrscheinlich ebenso wenig durchsetzen, als wenn er AGB akzeptieren muss⁸⁴. Würde man personenbezogene Unterlegenheit als maßgebliches Problem ansehen, müsste man konsequenterweise alle Verträge dieser Konstellation einer Inhaltskontrolle unterziehen.

Überzeugender ist es daher, das Problem beim Vertragsschluss mit AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr mit einer (nur) situativen Überlegenheit des Klauselverwenders zu begründen⁸⁵. Diese wird auch beim vertragstheoretischen Ansatz damit begründet, dass der Kunde beim Vertragsschluss mit einem umfangreichen AGB-Regelwerk konfrontiert wird, das er in der gebotenen Kürze der Zeit gar nicht erfassen kann und will⁸⁶. Die

⁷⁹ Raiser, AGB, S. 93f; Bauer, S. 18; Bärtschi, ZBJV 2010, 429 (434); Schmidt-Rimpler, S. 3 (13).

⁸⁰ Raiser, AGB, S. 96; Bauer, S. 29ff; Lörtscher, S. 276.

⁸¹ Vgl. Fastrich, S. 83.

⁸² Leuschner, JZ 2010, 875 (875).

⁸³ Wackerbarth, AcP 200 (2000), 45 (53f.).

⁸⁴ Leuschner, JZ 2010, 875 (878), der allerdings den rechtsökonomischen Ansatz vertritt.

⁸⁵ Axer, S. 48f.; Becker, JZ 2010, 1098 (1101); Fastrich, S. 83, 91; Hönn, JZ 1983, 677 (678); Leuschner, AcP 207 (2007), 491(496); vgl. auch Lieb, AcP 178 (1978), 196 (201f.).

⁸⁶ S. z.B. Fastrich, S. 84; Lieb, AcP 178 (1978), 196 (202); Pichonnaz, FS Tercier, S. 377 (379) („...le plus souvent ce qui est accepté est ignoré, mal compris ou non véritablement voulu“); Stoffels, Rn. 83.

Vorformulierung verschafft dem Verwender intellektuellen und organisatorischen Vorsprung⁸⁷, wodurch er in der Situation des Vertragsschlusses überlegen ist. Diese Überlegenheit entsteht (im Gegensatz zur oben beschriebenen, personenbezogenen) gerade *durch* die Verwendung von AGB. Entscheidend ist also auch hier die Informationsasymmetrie zwischen Verwender und Kunden. Während sie aus ökonomischer Perspektive dazu führt, dass die Qualität der AGB nicht richtig eingeschätzt wird und Risiken daher ineffizient verteilt werden (S. 8f.), ist aus vertragstheoretischer Perspektive entscheidend, dass die Informationsasymmetrie die Selbstbestimmung des Kunden beeinträchtigt⁸⁸. Eine Entscheidung, die auf Grundlage unzureichender Information getroffen wird, ist nicht selbstbestimmt⁸⁹. Vielmehr führt die mangelnde Information zur Fremdbestimmung durch den Verwender und gibt ihm die Möglichkeit, Risiken einseitig abzuwälzen.

c) Ziel der AGB-Kontrolle: Interessenausgleich

Die vertragstheoretische Perspektive kann also durchaus erklären, warum AGB auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr mit der Privatautonomie kollidieren. Das (AGB-)Recht hat danach die Funktion, die beschriebene Informationsasymmetrie möglichst zu vermeiden, um die Gefahr der einseitigen Risikoabwälzung abzuwehren und, wo dies im Vorfeld des Vertrages nicht gelingt, einen gerechten Interessenausgleich zu ermöglichen.

Wann ein Interessenausgleich „gerecht“ ist, lässt sich jedoch nur mithilfe eines Wertesystems beurteilen. Teilweise wird im Zusammenhang mit der Risikoverteilung von „Vertragsgerechtigkeit“ gesprochen⁹⁰, die *Becker* als "Angemessenheit im Preis-Leistungs-Verhältnis oder Ausgewogenheit der Verpflichtungen" beschreibt⁹¹. Hier wird nicht auf die Gerechtigkeitsvorstellungen der Parteien abgestellt, sondern ein objektiver Maßstab dafür angelegt, was gerecht ist. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden:

⁸⁷ *Lieb*, AcP 178 (1978), 196 (202); ihm folgend *Axer*, S. 49; s.a. *Merz*, S. 137 (155f.).

⁸⁸ *Becker*, WM 1999, 709 (716): Informationsasymmetrie führt zu „kontrollauslösender Imparität“ der Vertragspartner.

⁸⁹ *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309 (313), ähnlich *Kessel/Stomps*, BB 2009, 2666 (2669).

⁹⁰ BGH NJW 1977, 624 (625); *Pfeiffer*, in W/L/P, AGB-Recht, Einl. Rn. 16; *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, S. 101 (129); *Schmidt-Rimpler*, FS Raiser, 3 (24).

⁹¹ *Becker*, WM 1999, 709 (711).

Ohne Bezug zu einem Referenzsystem sind diese Formeln inhaltsleer und daher als Urteile nicht brauchbar⁹². Vielfach wird zwar das dispositive Recht als Referenzsystem bemüht⁹³. Das setzt jedoch voraus, dass es ein solches erstens überhaupt und zweitens als tauglichen Vergleichsmaßstab für den zu prüfenden Vertrag gibt. In der englischen Rechtsordnung wird man meist kein dispositives Recht finden, und auch in den anderen untersuchten Rechtsordnungen können AGB-Inhalte aufgrund ihrer Lückenfüllungsfunktion (vgl. S. 5) dem dispositiven Gesetzesrecht weit voraus sein, sodass ein Vergleich nicht möglich ist⁹⁴.

Der vertragstheoretische Ansatz birgt also für sich genommen keine konkreten Anhaltspunkte für das Idealbild eines Vertrages, sondern muss auf externe Leitbilder zurückgreifen.

Aus den genannten Überlegungen ergeben sich folgende Anforderungen an die Rechtsordnung:

- Das Recht muss Anreize setzen, die Informationsasymmetrie zu überwinden. Die Informationen müssen transparent und leicht beschaffbar sein. Die Verschleierung oder Zurückhaltung von Informationen sollte sanktioniert werden. Diese Anforderungen decken sich mit der rechtsökonomischen Perspektive.
- Das Recht muss einen Maßstab dessen bereithalten, ab wann eine Risikoverteilung unangemessen ist. Vertragsinhalte, die diese Grenze überschreiten, müssen durch solche ersetzt werden, die angemessen sind. Hier stellt sich das oben genannte Problem, dass kaum eine Rechtsordnung ein umfassendes Referenzsystem bereithält.

⁹² Adams, BB 1989, 781 (782).

⁹³ v. Westphalen, BB 2011, 195 (199); Bauer, S. 72; weitergehend Dauner-Lieb/Axer, ZIP 2010, 309 (313).

⁹⁴ Raiser, AGB, S. 296; s.a. Bodenheimer, S. 117.

3. Stellungnahme

a) Gemeinsamkeiten der beiden Ansätze

Im Grunde beleuchten die vorgestellten Ansätze verschiedene Seiten derselben Medaille. Sie ergänzen sich gegenseitig mehr, als sie einander ausschließen.

Ihnen ist gemein, dass sie als zentrales Problem bei der Verwendung von AGB die daraus entstehende Informationsasymmetrie sehen. Aus ökonomischer Perspektive führt sie zu ineffizienter Risikoverteilung und ggf. zu Marktversagen, aus vertragstheoretischer Perspektive zu situativer Unterlegenheit und so zu beeinträchtigter Selbstbestimmung des Kunden. Daher ist aus beiden Perspektiven ein Recht zu befürworten, das es dem Vertragspartner erleichtert, sich zu informieren, z.B. indem es Anreize zu übersichtlicher AGB-Gestaltung setzt (s. die jeweils erste Anforderung der Ansätze, S. 11, 18).

b) Die Eingriffsschwelle für eine Klauselkontrolle

Einen wesentlichen Unterschied machen die beiden Ansätze allerdings bei der Frage, wann das Recht gefordert ist, einzugreifen und den AGB-Vertrag zu korrigieren. Aus vertragstheoretischer Perspektive reicht es aus, dass der Verwender die AGB einseitig vorformuliert hat und deswegen einen Informationsvorsprung genießt. Es kommt nicht darauf an, ob der Vertragspartner den Vorsprung aufholt oder aufholen könnte. Aus ökonomischer Perspektive dagegen ist ein Informationsvorsprung für den Vertragspartner erst dann nicht mehr einzuholen, wenn der Aufwand dazu gegenüber dem erwarteten Nutzen aus dem Vertrag unverhältnismäßig hoch ist (prohibitiv hohe Transaktionskosten). Vorher ist noch kein rechtlicher Eingriff nötig.

Es fragt sich, welcher Ansatz für die vorliegende Betrachtung vorzugswürdig ist. Dafür ist entscheidend, ob eine unüberwindbare Informationsasymmetrie im unternehmerischen Geschäftsverkehr tatsächlich bereits mit Verwendung von AGB entsteht oder erst in Kombination mit einem (verhältnismäßig) niedrigen Vertragswert. An Unternehmer werden in allen untersuchten Rechtsordnungen erhöhte Sorgfaltsanforderungen im Rechtsverkehr gestellt. In der Schweiz wird erwartet, dass Kaufleute in der Lage sind, ein Vertragsangebot einschließlich der AGB in ihrer ganzen Tragweite zu erfassen, zu vergleichen und gegebenenfalls

ganz oder teilweise abzulehnen⁹⁵. Es überzeugt daher nicht, bereits die bloße Verwendung von AGB im B2B-Verkehr als „Eingriffsschwelle“ zu ziehen. Vorzugswürdig ist die ökonomische Perspektive, deren Eingriffsschwelle höher liegt. Maßstab soll also sein, ob der Kunde für die Erfassung der AGB Kosten aufwenden muss, die unverhältnismäßig hoch gegenüber dem Nutzen sind, den er aus dem Vertrag erwartet (es sich für ihn also nicht „lohnt“, die AGB zu studieren).

c) Der Maßstab für eine „gerechte“ Risikoverteilung

Beide Ansätze sehen als wesentliche (und problematische) Konsequenz, dass die Risikoverteilung des Vertrages negativ von jener abweicht, die bestünde, wenn er ohne AGB geschlossen worden wäre. Die ökonomische Perspektive stellt dabei auf die Ineffizienz ab, die vertragstheoretische Perspektive auf die ungleiche Interessenverteilung. Beide Ansätze wollen also die Risiken „besser“ verteilen. Wie Interessen „gleich“ oder „gerecht“ verteilt sind, lässt sich allerdings nur unter Bezug auf ein Referenzsystem feststellen. Wie oben gezeigt, kann das dispositive Recht nicht in allen Rechtsordnungen und/oder für alle Sachverhalte als Referenzsystem herangezogen werden, weil es nicht oder nicht für diesen Sachverhalt kodifiziert ist. Doch auch wenn es eine Regelung im dispositiven Recht gibt, die als Gerechtigkeitsmaßstab einer AGB-Kontrolle dient, soll im Folgenden gefragt werden, ob diese zu ökonomisch sinnvollen Ergebnissen führt, d.h. zu Ergebnissen, die möglichst nahe am „vollständigen Vertrag“ sind (s.o. S.7f.). So wird ein einheitlicher Maßstab möglich für die „AGB-Kontrolle nach dem Leitbild des dispositiven Rechts“ einerseits und die „sonstige inhaltliche AGB-Kontrolle“ andererseits. Dort, wo die AGB-Kontrolle am dispositiven Recht orientiert ist, bildet der vollständige Vertrag also einen „Maßstab hinter dem Maßstab“.

Dieser Maßstab ist für eine gesetzgeberische oder richterliche Entscheidung nicht zwingend. Er kann jedoch eine Argumentationshilfe sein, insbesondere in Fällen, in denen sich der wirtschaftliche Nutzen der Parteien gut beziffern lässt. Es sei angemerkt, dass eine effiziente Risikoverteilung meist auch Fairness-

⁹⁵ *Baudenbacher, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle, S. 17 (30) m.w.N.; Bühler, SJZ 1976, 1 (6).*

Gesichtspunkten entsprechen wird: „Eine Vereinbarung ist [...] jedenfalls dann als billig, gerecht und vernünftig anzusehen, wenn sie den Nutzen beider Parteien fördert oder zumindest den einen Vertragsteil besser stellt, ohne den andern dadurch zu benachteiligen“⁹⁶. Wenn derjenige das Risiko trägt, der es am einfachsten beherrschen kann, wird regelmäßig der Nutzen beider Parteien gefördert. Es liegt nahe, dass selbstbestimmte Parteien, die ein konkretes Risiko bedenken, es in einer Vertragsverhandlung vernünftigerweise genauso zuordnen würden⁹⁷.

d) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich also Folgendes festhalten: Das Recht muss Anreize setzen, die Informationsasymmetrie zu überwinden. Die Informationen müssen transparent und leicht beschaffbar sein. Die Verschleierung oder Zurückhaltung von Informationen sollte sanktioniert werden. Eine inhaltliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nur dann erforderlich, wenn der Aufwand der Kenntnisnahme und Prüfung der AGB den Nutzen aus dem Vertrag übersteigt (sich Kenntnisnahme und Prüfung also nicht lohnen). Sie sollte am vollständigen Vertrag orientiert sein. Die Risiken sollten so verteilt werden, dass jeweils der sie trägt, der dies mit den geringsten Kosten kann (s. S. 7 und S. 146f).

Dieses Zwischenergebnis bildet den Maßstab für den Vergleich der deutschen, schweizerischen und englischen Rechtsordnungen.

III. Versuche zur Vermeidung der AGB-Kontrolle im internationalen Handel

1. Mögliche Konstellationen

Ob die Parteien das auf den Vertrag anwendbare Recht frei wählen können und welche Folgen diese Rechtswahl hat, sind Fragen des internationalen Kollisionsrechts. Es sind vielfältige Konstellationen dazu denkbar, in welchem

⁹⁶ Schäfer/Ott, S. 459.

⁹⁷ S. zum Zusammenhang zwischen Recht und Effizienz auch Beimowski, S.139ff.; Stolz, recht 2002, 108 (115ff.).

Staat die Parteien ihre Niederlassungen haben und welches Recht sie wählen (wollen). Ein deutsches Unternehmen könnte einen Vertrag mit einem englischen Unternehmen schließen, dabei aber das Recht eines Drittstaates für anwendbar erklären. Ein schweizerisches Unternehmen könnte mit einem englischen Unternehmen ins Geschäft kommen und darauf beharren, das UN-Kaufrecht (CISG) solle Anwendung finden. Ebenso könnten ein schweizerisches und ein deutsches Unternehmen sich auf die Anwendung englischen Rechts einigen wollen.

In diesem Abschnitt soll dargestellt werden, welche Rechtswahlmöglichkeiten bestehen, welches Recht zur Anwendung gelangt, wenn eine Rechtswahl nicht vorliegt, und wie die Anwendbarkeit des CISG sich zur Anwendbarkeit des nationalen Rechts verhält. Die Untersuchung konzentriert sich dabei auf den Blickwinkel deutscher Unternehmen. Sie geht davon aus, dass bei Sachverhalten mit Auslandsbezug die Rom I-VO⁹⁸ über das auf den Vertrag anwendbare Recht entscheidet.

2. Rechtswahl bei grenzüberschreitenden Sachverhalten und CISG

Gemäß Art. 3 Abs. 1, 2 Rom I-VO untersteht der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Dieses ist grundsätzlich frei wählbar. Eine Einschränkung bildet die sog. EU-Binnenmarktklausel des Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO: Wenn der Sachverhalt eigentlich nur Elemente eines oder mehrerer EU-Staaten enthält, die Parteien aber das Recht eines Nicht-EU-Staates gewählt haben, so finden neben diesem gewählten Recht auch die zwingenden Regeln des Gemeinschaftsrechts Anwendungen.

Das bedeutet für die vorliegende Untersuchung, dass deutsche Unternehmen mit Unternehmen, deren Niederlassung in einem anderen Staat liegt, die Geltung jedes beliebigen Rechts vereinbaren können, ggf. mit der Einschränkung der Binnenmarktklausel. Dabei ist jedoch zu beachten: Sofern der Staat, dessen Rechtsordnung gewählt wurde, CISG-Vertragsstaat ist (z.B. Deutschland und die Schweiz), ist grundsätzlich das CISG anwendbar, da es dem nationalen Recht

⁹⁸ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I); ABI EU L 177/6.

vorgeht⁹⁹. Abhilfe schaffen kann nur ein ausdrücklicher Ausschluss des UN-Kaufrechts (vgl. Art. 6 CISG), der in den AGB international tätiger deutscher Unternehmen häufig zu finden ist¹⁰⁰.

Eine formlose Anfrage bei verschiedenen Interessenverbänden ergab, dass einige Musterverträge einen formularmäßigen Ausschluss des UN-Kaufrechts enthalten, z.B. die vom Bundesverband des Elektro-Großhandels (VEG) empfohlenen Allgemeinen Liefer- und Zahlungsbedingungen¹⁰¹ sowie die vom Bundesverband Deutscher Stahlhandel (BDS) empfohlenen Verkaufsbedingungen im Stahlhandel¹⁰². Nicht vorgesehen ist er in den z.B. vom Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau (VDMA) empfohlenen ORGALIME-Bedingungen, jedoch weist der VDMA in einem Zusatzblatt darauf hin, dass und wie ein Ausschluss des UN-Kaufrechts möglich ist. Nach Einschätzung des VDMA ist der Anteil der Unternehmen, die einen Ausschluss vorsehen, ebenso groß wie derer, die dies nicht tun¹⁰³. Der IHK-Mustervertrag „Allgemeine Verkaufsbedingungen (AGB) für den kaufmännischen Verkehr“ sieht dagegen wiederum einen Ausschluss des UN-Kaufrechts vor¹⁰⁴. Es sticht ins Auge, dass der Ausschluss des UN-Kaufrechts in Verkaufs-, nicht aber in Einkaufsbedingungen empfohlen wird. Das liegt daran, dass Art. 45 Abs. 1 lit.b) CISG (i.V.m. Artt. 74-77 CISG) eine verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht des Verkäufers vorsieht. Natürlich ist es im Interesse des Verkäufers, dieser zu entgehen, während es im Interesse des Käufers ist, sie zu vereinbaren¹⁰⁵.

Bei einer Rechtswahl zugunsten englischen Rechts stellt sich das Problem nicht, da das Vereinigte Königreich kein CISG-Vertragsstaat ist¹⁰⁶.

⁹⁹ *Martiny*, in *Reithmann/Martiny*, Rn. 903; *Stadler*, S. 82; *Stoffels*, Rn. 250, 257.

¹⁰⁰ *Stoffels*, Rn. 257; empfohlen wird der Ausschluss z.B. auch bei *Pinnells/Eversberg*, S. 21.

¹⁰¹ Gedankt sei hier für seine freundliche Auskunft Herrn *Darius Kremer* vom VEG.

¹⁰² Vgl. *Henseler*, AGB im Stahlhandel, S. 145.

¹⁰³ Gedankt sei hier für ihre freundliche Auskunft und Einschätzung Frau *Veronika Häuslschmid* und Herrn *Philipp Markowsky* vom VDMA.

¹⁰⁴ Beispiel der IHK Frankfurt, § 10 Abs. 1, <http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/mustervertrag/verkaufsbedingungen/index.html>; zuletzt aufgerufen am 18.03.2013; dieselbe Klausel findet sich bei den IHKs Berlin und München (durch Verweis auf Frankfurt a.M.).

¹⁰⁵ Gedankt sei hier für seine Hinweise aus der Praxis Herrn *Peter Henseler*, Henseler & Partner Rechtsanwälte, Düsseldorf, ständiger rechtlicher Berater des Bundesverbands Deutscher Stahlhandel (BDS).

¹⁰⁶ Vgl. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>, zuletzt aufgerufen am 12.03.2013.

3. Rechtswahl bei Binnensachverhalten

a) Staatliche Gerichte

Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO betrifft den Fall, dass alle Elemente des Sachverhalts zum Zeitpunkt der Rechtswahl mit einem einzigen Staat verbunden sind. Das heißt, diese Vorschrift ist anzuwenden, wenn zwei deutsche Unternehmer miteinander handeln, der Vertragsschluss durch Niederlassungen in Deutschland stattfindet, die Ware in Deutschland produziert und geliefert wird und auch sonst kein Auslandsbezug vorliegt¹⁰⁷. Wenn die Parteien in einem solchen Fall ein anderes als das deutsche Recht wählen, bestimmt Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, dass die zwingenden Vorschriften des Staates, mit dem alle Sachverhaltselemente verbunden sind (im Beispiel Deutschland), neben dem gewählten Recht Anwendung finden. Bei den beschriebenen rein innerdeutschen Geschäften können die Parteien also ein anderes als deutsches Recht wählen, es findet aber dennoch eine AGB-Kontrolle nach deutschem Recht statt, da die §§ 305ff. BGB nicht dispositiv sind¹⁰⁸.

Daher ist die oft beschriebene „Flucht ins ausländische Recht“ vor den ordentlichen deutschen Gerichten wohl gar nicht möglich, wenn ein reiner Binnensachverhalt vorliegt¹⁰⁹.

b) Schiedsgerichte

Die Parteien können allerdings den Weg eines Schiedsverfahrens gehen. Die erste, sicherste Möglichkeit ist die Wahl eines ausländischen, z.B. schweizerischen, Schiedsortes in Verbindung mit dessen Rechtsordnung. Bei einem Schiedsort in der Schweiz können sie dann mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass das deutsche AGB-Recht vom Schiedsgericht nicht angewandt werden wird¹¹⁰.

Die andere Möglichkeit ist, einen Schiedsort in Deutschland zu wählen und gleichzeitig schweizerisches Recht für anwendbar zu erklären. Eine Rechtswahl im Schiedsverfahren ist nach § 1051 Abs. 1 ZPO möglich. Allerdings ist

¹⁰⁷ Welche Umstände einen ausreichenden Auslandsbezug zu begründen, ist im Einzelnen strittig, s. *Palandt/Thorn*, Rom I-VO Art. 3 Rn. 5.

¹⁰⁸ *Kondring*, RIW 2010, 184 (186).

¹⁰⁹ *Lenkaitis/Löwisch*, ZIP 2009, 441 (444f.).

¹¹⁰ *Voser/Boog*, RIW 2009, 126 (133).

umstritten, in welchem Verhältnis diese Rechtswahl zu den Beschränkungen des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO steht, d.h. ob die Schiedsrichter Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO dennoch beachten müssen¹¹¹. Die besseren Argumente scheinen dafür zu sprechen, dass die Rechtswahl völlig frei ist, d.h. dass das deutsche AGB-Recht nicht mittelbar über Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO anwendbar ist. Es gehöre zu den strukturellen Besonderheiten des Schiedsverfahrens, dass sogar ein fremdes Kollisionsrecht gewählt werden könne, d.h. die Parteien könnten selbst die Anwendbarkeit der Rom I-VO abbedingen¹¹². Dies würde konterkariert, würde man Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO Vorrang vor § 1051 ZPO einräumen. Auch sei die (europäische) gesetzgeberische Entscheidung zu den Vorgängernormen zur Rom I-VO vom deutschen Gesetzgeber zu § 1051 ZPO nicht vollständig nachvollzogen worden, da das Schiedsverfahren entstaatlicht sei¹¹³. Nur vor staatlichen Gerichten solle nach dem Willen des Gesetzgebers zwischen Binnensachverhalten und Auslandssachverhalten unterschieden werden¹¹⁴. Aus diesen und weiteren Gründen, die bei *Kondring* ausführlich dargelegt sind, ist Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO im Rahmen des § 1051 ZPO wohl nicht anwendbar¹¹⁵. Dazu gibt es allerdings keine gesicherte Rechtsprechung, sodass Parteien eines deutschen Binnensachverhalts stets dazu zu raten wäre, den Schiedsort in der Schweiz zu wählen.

4. Anwendbares Recht bei fehlender Rechtswahl

Haben die Parteien eines Liefergeschäfts ihre Niederlassungen in verschiedenen Staaten und haben sie kein Recht gewählt, findet das CISG auf den Vertrag Anwendung, wenn entweder beide Niederlassungsstaaten CISG-Vertragsstaaten sind (Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG) oder wenn die Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines CISG-Vertragsstaats führen (Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG). Bei fehlender Rechtswahl ist dies nach Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO zu bestimmen (objektive Anknüpfung). Dessen lit. a) sieht vor, dass Kaufverträge über bewegliche Sachen dem Recht des Staates unterliegen, in dem der

¹¹¹ *Kondring*, RIW 2010, 184 (187) m.w.N.

¹¹² *Kondring* a.a.O., S. 187f.

¹¹³ *Kondring* a.a.O., S. 188.

¹¹⁴ *Kondring* a.a.O., S. 189.

¹¹⁵ *Kondring* a.a.O., S. 191.

Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Das heißt, bei fehlender Rechtswahl wird regelmäßig das Heimatrecht des Verkäufers Anwendung finden. Zur Verdeutlichung diene folgendes Beispiel: Ein englischer Zulieferer schließt einen Kaufvertrag mit einer deutschen Werft über den Bezug von Stahlblechen. Bestimmungen zum anwendbaren Recht enthält der Vertrag nicht. Er könnte dem UN-Kaufrecht unterliegen. Der Vertrag hat den Kauf einer Ware zum Gegenstand, die nicht für den privaten Gebrauch bestimmt ist und wurde zwischen zwei Unternehmen geschlossen, die ihre Niederlassungen in verschiedenen Staaten haben. Damit sind die Grundvoraussetzungen für die Anwendbarkeit des CISG gegeben (Art. 1 CISG). Allerdings ist Großbritannien kein CISG-Vertragsstaat, sodass Art. 1 Abs. 1 lit. a) CISG ausscheidet. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. b) CISG könnte das UN-Kaufrecht nur noch zur Anwendung kommen, wenn die Vorschriften des Internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen (hier möglicherweise: deutsches Recht). Dafür müssen die Vorschriften der Rom I-VO herangezogen werden. Der hier einschlägige Art. 4 Abs. 1 lit. a) Rom I-VO erklärt auf Kaufverträge das Recht des Staates für anwendbar, in dem der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Das ist im Beispielfall Großbritannien. Art. 1 Abs. 1 lit. b) CISG scheidet also auch aus. Das CISG ist nicht anwendbar. Stattdessen findet englisches Recht auf den Kaufvertrag Anwendung.

5. Verhältnis des CISG zum nationalen (AGB-)Recht

Ist das CISG auf den Vertrag anwendbar, spaltet sich die Beurteilung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in zwei Teile: Einbeziehung und Auslegung auf der einen und Inhaltskontrolle auf der anderen Seite. Das liegt daran, dass das UN-Kaufrecht gemäß dessen Art. 4 S. 2 lit. a) die Gültigkeit des Vertrages oder einzelner Vertragsbestimmungen nicht betrifft (wohl aber das Zustandekommen und die Auslegung des Vertrages). Gegenstände, die vom CISG nicht geregelt werden, unterfallen dem nach den Vorschriften des Kollisionsrechts zu ermittelnden Vertragsstatut, Art. 7 Abs. 2 CISG. Nach überwiegender Meinung entscheidet also über Einbeziehung und Auslegung der AGB das CISG, während

der Inhalt der AGB über das subsidiär anzuwendende Vertragsstatut kontrolliert wird¹¹⁶.

Aufgrund des praktisch weit verbreiteten Ausschlusses des UN-Kaufrechts, insbesondere in Verkaufs- und Lieferbedingungen, konzentriert sich diese Arbeit auf das deutsche und schweizerische Recht exklusive des UN-Kaufrechts und auf das englische Recht.

6. Englands Sonderweg für internationale Verträge

a) Unfair Contract Terms Act 1977

(aa) Keine Kontrolle internationaler Lieferverträge

Bei der Frage des anwendbaren Rechts geht England einen Sonderweg für internationale Kauf- bzw. Lieferverträge.

Grundsätzlich unterfallen Haftungsklauseln in AGB in England dem „Unfair Contract Terms Act 1977“ (UCTA). Der Act sieht u.a. vor, dass Haftungsausschlüsse oder -begrenzungen in AGB „angemessen“ („reasonable“) sein müssen, sec. 3 UCTA¹¹⁷. Allerdings weist der UCTA zwei grundlegende Besonderheiten auf. Zum einen sind internationale Lieferverträge („international supply contracts“) vom Anwendungsbereich des UCTA ausgeschlossen, sec. 26 UCTA. Als zumindest ein Motiv des englischen Gesetzgebers wird angeführt, der englischen Exportwirtschaft im internationalen Wettbewerb keine Handicaps auferlegen zu wollen¹¹⁸.

Internationale Lieferverträge sind nach der Legaldefinition in sec. 26 (3) UCTA Warenkaufverträge und sonstige Verträge, durch deren Ausführung Besitz oder Eigentum an Gütern übertragen wird und bei denen die Vertragsparteien ihren Geschäftssitz in unterschiedlichen Staaten haben. Zusätzlich muss eine von drei Alternativen erfüllt sein: (a) Die fraglichen Waren werden grenzüberschreitend

¹¹⁶ OLG Thüringen BB 2011, 468 (Einbeziehung richtet sich nach Art. 8 CISG); *Hau* in W/L/P, AGB-Recht, IntGV Rn. 72, 76; *Martiny*, in *Reithmann/Martiny*, Rn. 906, 918; *H. Schmidt* in U/B/H, AGB-Recht, Anh. § 305 BGB Rn. 10; *Stadler*, S. 89f; *Stoffels*, Rn. 250f.

¹¹⁷ Auszüge des Unfair Contract Terms Acts 1977 finden sich im Anhang, S. 178ff.

¹¹⁸ *Weick*, ZHR 1981, 68 (81); s.a. *Bradgate*, Mod. L. Rev. 60 (1997), 582 (592).

geliefert¹¹⁹, (b) Vertragsangebot und -annahme haben in unterschiedlichen Staaten stattgefunden¹²⁰, oder (c) die Waren werden in einen anderen Staat geliefert als denjenigen, in dem der Vertrag geschlossen wurde¹²¹, sec. 26 (4) UCTA.

Inwieweit die dritte Alternative einen zusätzlichen Anwendungsbereich gegenüber der ersten eröffnet, ist fraglich. Denn dass Waren „in einen anderen Staat“ als den des Vertragsschlusses geliefert werden („*delivered to the territory of a State other than...*“, Hervorhebung hinzugefügt), setzt voraus, dass sie vorher in einem ersten Staat waren. Dieser Fall ist eigentlich schon von der ersten Alternative erfasst¹²². Die dritte Alternative war Gegenstand des Verfahrens *Amiri Flight Authority v BAE Systems plc*¹²³, in dem der Vertrag in Abu Dhabi geschlossen, die Ware aber in England hergestellt und an einen Käufer in England geliefert worden war. Es gab also weder eine grenzüberschreitende Lieferung noch einen grenzüberschreitenden Vertragsschluss. Die erste Instanz¹²⁴ urteilte angesichts des oben beschriebenen Problems, die Formulierung im Gesetz müsse ein Redaktionsversehen sein und eigentlich „*delivered in*“ heißen. Das heißt, die dritte Alternative müsse solche Fälle erfassen, in denen der Staat des Vertragsschlusses und der Staat der Lieferung auseinander fallen, egal ob die Lieferung zusätzlich grenzüberschreitend sei. Obwohl diese Lösung ein ausreichend großes internationales Moment enthält und der dritten Variante einen eigenen Anwendungsbereich verschafft, wurde sie vom *Court of Appeal* als nicht überzeugend verworfen¹²⁵. Streng am Wortlaut urteilten die Richter, der Vertrag sei von keiner der drei Varianten aus sec. 26 (4) UCTA erfasst. Er sei also kein „internationaler Liefervertrag“ und müsse sich am UCTA messen lassen.

¹¹⁹ “[T]he goods in question are, at the time of the conclusion of the contract, in the course of carriage, or will be carried, from the territory of one State to the territory of another”.

¹²⁰ “[T]he acts constituting the offer and acceptance have been done in the territories of different States”.

¹²¹ “[T]he contract provides for the goods to be delivered to the territory of a State other than that within whose territory those acts were done”.

¹²² S. Bridge, Rn. 2.35, *Toms, Computers and Law* 20 (2009), 20 (22).

¹²³ [2003] 2 Lloyd’s Rep 767.

¹²⁴ *Queen’s Bench Division* (Commercial Court), [2003] 1 Lloyd’s Rep. 50.

¹²⁵ [2003] 2 Lloyd’s Rep 767.

(bb) Keine Kontrolle bei konstitutiver Wahl englischen Rechts

Die zweite Besonderheit des UCTA besteht darin, dass er gem. sec. 27 (1) UCTA keine Anwendung findet, wenn der Vertrag nur aufgrund der Rechtswahl der Parteien englischem Recht unterliegt (konstitutive Rechtswahl zugunsten englischen Rechts). Sollte den Parteien also eine „Flucht ins englische Recht“ gelingen, so müssen ihre Haftungsausschlüsse oder -begrenzungen in AGB sich nicht am Angemessenheitserfordernis aus sec. 3 UCTA messen lassen.

b) Der „Unfair Terms in Contracts“-Report

(aa) Hintergrund

Der „Unfair Terms in Contracts“-Report (UTC-Report) betrifft sowohl internationale Sachverhalte als auch ganz grundlegend das englische Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die englische Law Commission hat im Jahr 2005 gemeinsam mit der Scottish Law Commission (im Folgenden zusammengefasst: Law Commissions) den UTC-Report veröffentlicht¹²⁶, dem ein gemeinsames Konsultationspapier der Kommissionen (2002) vorangegangen war¹²⁷. Hintergrund der Arbeit ist, dass in England zwei Gesetze gelten, die unfaire Vertragsbedingungen betreffen: neben dem UCTA stehen die „Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999“ (UTCCR), die die EU-Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen umsetzen. Die beiden Gesetze überschneiden sich zum Teil in ihrem Anwendungsbereich, bedienen sich dabei aber unterschiedlicher Konzepte und Begriffe¹²⁸. Das macht die Rechtslage unübersichtlich und inkonsistent. Die Arbeit der Law Commissions sollte eine einheitliche Regelung schaffen, die leicht zugänglich ist und außerdem den Schutz für Unternehmen, insbesondere kleine Unternehmen, ausdehnt¹²⁹. Dem Report ist der Entwurf einer Regelung beigefügt (Draft Unfair Contract Terms Bill, im Folgenden: UTC-

¹²⁶ http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/lc292_Unfair_Terms_In_Contracts.pdf, zuletzt aufgerufen am 19.03.2013.

¹²⁷ http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/cp166_Unfair_Terms_In_Contracts_Consultation.pdf, zuletzt aufgerufen am 19.03.2013.

¹²⁸ UTC-Report Rn. 1.4, 2.4.

¹²⁹ UTC-Report Rn. 1.6, 2.8.

Draft¹³⁰). Zu einer Umsetzung ist es bisher nicht gekommen, da die Regierung aktuell Reformbedarf zunächst nur für Verbraucherverträge sieht¹³¹. Die Law Commissions halten an ihren Empfehlungen für Unternehmerverträge fest, jedoch ist eine Umsetzung in naher Zukunft nicht zu erwarten¹³². Der „Unfair Terms in Contracts“-Report wird in dieser Arbeit dennoch behandelt, da er viele interessante rechtspolitische Ansätze enthält, die die Diskussion auch aus der Perspektive der ökonomischen Analyse des Rechts bereichern.

(bb) Teilweise Kontrolle internationaler Lieferverträge

Internationale Lieferverträge unterliegen im UTC-Draft einem gegenüber dem UCTA leicht modifizierten Regime. Nicht mehr alle Lieferverträge sind von den Neuregelungen ausgenommen, sondern nur solche, bei denen Waren in Staaten außerhalb des UK geliefert werden¹³³. Das bedeutet, dass die englische Exportindustrie ihre Vertragsbedingungen auch zukünftig nicht auf „unfaire“ Klauseln im Sinne der englischen Gesetzgebung überprüfen muss. Die Law Commissions begründen ihre Entscheidung mit verschiedenen Argumenten, die zum Großteil bereits bei den Vorarbeiten zum UCTA eine Rolle spielten. Zunächst sei es beim Export Sache des Ziellandes, den Käufer rechtlich zu schützen¹³⁴. Die englische Exportindustrie solle außerdem wettbewerbsfähig bleiben, indem ihre AGB keinen Begrenzungen unterliegen¹³⁵.

Die Commissions setzen sich schließlich auch mit dem Vorwurf auseinander, eine solche Sonderregelung verstoße gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot (damals Art. 12 EGV, heute Art. 18 AEUV). Der Vorwurf liegt insofern nahe, als die Sonderregelung Käufern außerhalb der UK Schutz vor unfairen Vertragsbedingungen verwehrt. Eine mögliche Europarechtswidrigkeit wurde bereits für sec. 26 UCTA diskutiert, jedoch abgelehnt, da die Vorschrift sowohl Käufer innerhalb als auch außerhalb des UK erfasste¹³⁶. Die

¹³⁰ Auszüge aus dem UTC-Draft finden sich im Anhang, S. 184ff.

¹³¹ Hierzu wurde im Juni 2012 ein neues Issues Paper veröffentlicht, abrufbar unter http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/unfair_terms_in_contracts.htm.

¹³² E-Mail-Auskunft der englischen Law Commission, Commercial and Common Law Team, vom 28.01.2013.

¹³³ Schedule 3, sec. 8 UTC-Draft, UTC-Report S. 196.

¹³⁴ UTC-Report Rn. 7.36, 7.42.

¹³⁵ UTC-Report Rn 7.36, 7.56.

¹³⁶ Vgl. *Landbrecht*, RIW 2011, 291 (294).

vorgeschlagene Neuregelung kann zwar auch englische Unternehmen mit ausländischem Sitz berühren, wird aber größtenteils ausländische Unternehmen treffen¹³⁷ und kommt damit einer materiellen oder versteckten Diskriminierung gleich. Eine solche liegt vor, wenn eine Regelung zwar auf ein anderes Unterscheidungskriterium als das der Staatsangehörigkeit abstellt, im Ergebnis jedoch auch eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bewirkt¹³⁸. Die Law Commissions bezweifeln allerdings, dass Käufer im UK und Käufer in anderen nationalen Märkten zwei geeignete Vergleichsgruppen seien, da sie von unterschiedlichen Rechtsordnungen geschützt würden¹³⁹. Ob dies überzeugen kann, mag hier dahinstehen. Auch die Commissions selber lassen das Ergebnis offen¹⁴⁰. Sie argumentieren, dass die Europarechtsverträglichkeit letztlich nicht abschließend beurteilt werden könne, diese Unsicherheit jedoch nicht dazu führen solle, unnötig Freiräume zu beschneiden¹⁴¹. Vielmehr solle sie zugunsten der heimischen Exportindustrie entschieden werden. Daher schlagen die Law Commissions vor, Verträge über den Export von Waren außerhalb des UK vom Anwendungsbereich des „Unfair Terms in Contracts“-Drafts auszunehmen¹⁴². Die Ausnahme gilt sowohl für B2B- als auch für Verträge mit „small businesses“ (s.u. S. 62ff).

(cc) Keine Kontrolle bei konstitutiver Wahl englischen Rechts

Wie schon unter sec. 27 (1) UCTA soll eine (konstitutive) Rechtswahl zugunsten englischen Rechts dazu führen, dass der Vertrag nicht dem „Unfair Terms in Contracts“-Regime unterliegt¹⁴³. Die Law Commissions begründen dies damit, dass ausländische Unternehmen das englische Recht gerade wegen dessen Vertragsfreiheit wählten¹⁴⁴.

Diese Arbeit konzentriert sich auf solche Verträge, die einer Klauselkontrolle nach dem UCTA bzw. UTC unterliegen. Daraus sollen Erkenntnisse für die

¹³⁷ Dies räumen auch die Law Commissions ein, UTC-Report Rn. 7.54.

¹³⁸ *Epiney* in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV-Kommentar, Art. 18 AEUV Rn. 12.

¹³⁹ UTC-Report Rn. 7.49.

¹⁴⁰ UTC-Report Rn. 7.51.

¹⁴¹ UTC-Report Rn. 7.56.

¹⁴² Schedule 3, sec. 8 UTC-Draft, UTC-Report S. 196.

¹⁴³ Sec. 19 (1) UTC-Draft, UTC-Report S. 164, ebda. Rn. 7.27-7.29.

¹⁴⁴ UTC-Report Rn. 7.28.

ökonomische Analyse des Rechts gewonnen werden, die in die weitere Diskussion zum deutschen und europäischen AGB-Recht einfließen können. Parteien internationaler Lieferverträge oder sonstiger internationaler Verträge, die englischem Recht unterstellt sind, müssen sich nur auf die Auslegung des Vertrags nach *common law* einstellen, S. 89ff.

B. Die Abgrenzung von AGB zu Individualvereinbarungen

Wie AGB von Individualvereinbarungen abgegrenzt werden, gehört zu den Fragen, die das Informationsgefälle zwischen den Parteien betreffen. Denn oft ist für die Unterscheidung von AGB und Individualvereinbarungen entscheidend, ob die Parteien über die Bedingungen verhandelt, sich also (mehr oder weniger intensiv) ausgetauscht haben. Ein solcher Austausch kann ein mögliches Informationsgefälle mildern oder ausgleichen.

I. Einseitige Vorformulierung, Mehrfachverwendungsabsicht

In den untersuchten Rechtsordnungen herrscht Einigkeit über zentrale Merkmale Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Sie werden weithin dadurch charakterisiert, dass sie von einer Partei vor dem konkreten Vertragsschluss formuliert wurden, mit dem Zweck, sie für mehrere (gleichartige) Geschäfte zu verwenden. Nur so entsteht der typische Rationalisierungseffekt.

1. Deutschland

In Deutschland gibt die Legaldefinition in § 305 Abs. 1 BGB diese Merkmale vor:

„¹Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. [...]

³Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.“

Die Begriffe „Stellen“ und „Aushandeln“ von AGB sind eng miteinander verknüpft. Das Verhältnis der Begriffe zueinander wurde andernorts schon mehrfach thematisiert und soll hier nicht mehr im Einzelnen aufgeschlüsselt werden¹⁴⁵. Die folgenden Ausführungen gehen davon aus, dass jedes Merkmal einen eigenen Anwendungsbereich hat, anstatt das „Aushandeln“ als Gegenteil von „Stellen“ zu verstehen¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Eine gelungene Aufarbeitung mit zahlreichen Nachweisen findet sich z.B. bei *Miethaner*, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, S. 181ff.

¹⁴⁶ *Miethaner* a.a.O., S. 181ff. m. w. N. (in Fn. 657); *Kaufhold*, ZIP 2010, 631 (633f.); *dies.*, BB 2012, 1235 (1237); *Ulmer/Habersack* in U/B/H, AGB-Recht, § 305 Rn. 27; a.A.: *K. P. Berger*, in P/W/W, § 305 Rn. 11; *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158 (162).

Allgemeine Geschäftsbedingungen „stellt“, wer ihre Einbeziehung in den Vertrag verlangt oder vorschlägt¹⁴⁷. In einer jüngeren Entscheidung hat der BGH sich zum „Stellen“ von AGB wie folgt geäußert: *„Ein Stellen von Vertragsbedingungen setzt [...] nicht voraus, dass ein Ungleichgewicht zwischen den Vertragsbeteiligten hinsichtlich der vertraglichen Durchsetzungsmacht besteht. [...] Als wesentliches Charakteristikum von AGB hat der Gesetzgeber vielmehr die Einseitigkeit ihrer Auferlegung und den Umstand gesehen, dass der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann“*¹⁴⁸. Daher wurde das Merkmal „Stellen“ in den Tatbestand des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB aufgenommen. Wird es bejaht, haben die Bedingungen den „Anschein“ von AGB, der durch das „Aushandeln“, § 305 Abs. 1 S. 3 BGB überwunden werden kann¹⁴⁹.

2. Schweiz

Im schweizerischen Recht sind Allgemeine Geschäftsbedingungen solche Vertragsbestimmungen, die für eine unbestimmte Vielzahl künftiger Verträge eines bestimmten Typs generell vorformuliert und dem Vertragspartner beim Abschluss des Vertrages gestellt werden¹⁵⁰. Insoweit ergeben sich keine Änderungen zum deutschen Recht. Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist entscheidend für die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG, der eine Inhaltskontrolle für AGB in Verbraucherverträgen vorsieht (Näheres dazu unter S. 114f).

3. England

a) AGB-Begriff nach sec. 3 UCTA

Das englische Recht kam lange ohne eine Abgrenzung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Individualvereinbarungen aus. Mit Inkrafttreten des

¹⁴⁷ BGHZ 130, 50 (57f.); Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 10; Ulmer/Habersack in U/B/H, AGB-Recht, § 305 Rn. 27 m.w.N.

¹⁴⁸ BGH NJW 2010, 1131, Rn. 12.

¹⁴⁹ Statt vieler Kaufhold, ZIP 2010, 631 (633); s. zum Aushandeln näher unten S. 35ff.

¹⁵⁰ BG, Urt. v. 28.11.2002, Nr. 4P.135/2002, E.3.1; s.a. Schmid, in Gauch/Schluep/Schmid, OR AT Rn. 1118; B. Berger, Rn. 944f; Pichonnaz, FS Tercier, S. 377 (383); s.a. Wildhaber, SJZ 2011, 537 (541).

Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA) am 01.02.1978¹⁵¹ stellte sich aber die Frage, was unter „*written standard terms of business*“ zu verstehen ist.

Der UCTA geht auf Vorarbeiten der Law Commission und der Scottish Law Commission zurück. Er steht als statutory law neben dem common law. Ähnlich wie die Regeln des common law zur Einbeziehung standardisierter Vertragsbedingungen stellt der UCTA kein AGB-Recht im Sinne des deutschen Verständnisses dar. Er findet sowohl auf individuell ausgehandelte als auch auf standardisierte Verträge Anwendung. Section 3 ist eine – inhaltlich allerdings wichtige – Ausnahmevorschrift, da sie nur für Verträge gilt, in denen eine Partei Verbraucher ist oder für die die AGB („*written standard terms of business*“) einer der Parteien gelten. Nach dieser Vorschrift sind z.B. Haftungsbeschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur dann wirksam, wenn sie angemessen („*reasonable*“) sind (s. näher dazu unten auf S. 130ff.). Der Begriff „*written standard terms of business*“ ist im UCTA nicht definiert. Nach dem Willen der Law Commissions sollte er weit ausgelegt werden¹⁵².

Die Gerichte legen ihn dahingehend aus, dass "written standard terms of business" solche geschriebenen Bedingungen sind, auf die immer wieder zurückgegriffen wird und die ohne Anpassung auf den Einzelfall verwendet werden sollen¹⁵³. Sie müssen schon vor Vertragsschluss schriftlich festgehalten worden und dazu vorgesehen sein, quasi automatisch in alle Verträge gleicher Art einbezogen zu werden, ohne dass eine maßgebliche Verhandlungsmöglichkeit besteht¹⁵⁴.

¹⁵¹ Sec. 31(1) UCTA; s. zur historischen Entwicklung z.B. von *Bernstorff*, Beschränkung vertraglicher Haftung, S. 12ff.

¹⁵² *Thompson*, Rn. 125.

¹⁵³ *Hadley Design Associates v Westminster* [2003] EWHC 1617 (TCC), Rn. 78: „*there should exist a stock of written [...] contract conditions which was simply drawn from as a matter of routine and intended to be adopted or imposed without consideration or negotiation specific to the individual case in which they were to be used*“; bestätigt in *Yuanda (UK) Co Ltd v Ww Gear Construction Ltd* [2010] 1 CLC 491, Rn. 21.

¹⁵⁴ [2003] EWHC 1617 (TCC), Rn. [78]: „*the relevant terms should exist in written form prior to the possibility of the making of the relevant agreement arising, thus being 'written', and they should be intended to be adopted more or less automatically in all transactions of a particular type without any significant opportunity for negotiation, thus being 'standard'*“; bestätigt in *Yuanda (UK) Co Ltd v Ww Gear Construction Ltd* [2010] 1 CLC 491, Rn. 21.

b) AGB-Begriff im UTC-Report

Dem Begriff "written standard terms of business" kommt im UTC-Report eine höhere Bedeutung zu, als es im UCTA der Fall ist. Einige Klauseln sind in B2B-Geschäften nur noch dann einem Angemessenheitstest unterworfen, wenn sie in "written standard terms of business" in den Vertrag eingebracht wurden (zu den Anforderungen an die Einbeziehung s.u. S. 75ff). Eine neue Kontrollstufe wird eingezogen für Verträge, an denen Kleinunternehmen („small businesses“) beteiligt sind: dort werden alle "written standard terms of business" einer Inhaltskontrolle unterzogen¹⁵⁵.

Die Law Commissions beschäftigen sich eingehend mit der Frage, was unter dem Begriff "written standard terms of business" zu verstehen ist und wie er ausgelegt werden sollte. Sie kommen dabei zu unterschiedlichen Ergebnissen für den B2B-Verkehr einerseits und den Verkehr zwischen Unternehmen und Kleinunternehmen andererseits¹⁵⁶. Die zentralen Merkmale der einseitigen Vorformulierung und Mehrfachverwendungsabsicht bleiben aber für beide Kategorien bestehen. Unterschiede entstehen nur bei der Frage, inwieweit Verhandlungen das Klauselwerk zu einem Individualvertrag werden lassen (s.u. S. 42ff).

II. Der Einfluss von Verhandlungen

In England und insbesondere in Deutschland wird diskutiert, wie Verhandlungen sich auf AGB auswirken, d.h. ab wann Verhandlungen AGB zu Individualvereinbarungen machen. Muss die Klausel abgeändert worden sein, damit sie Individualvereinbarung ist? Oder reicht die – subjektive – Änderungsbereitschaft des Verwenders und gegebenenfalls Erörterung im Einzelfall aus? Bedeuten Änderungen an einzelnen Klauseln, dass alle anderen Klauseln auch als verhandelt gelten, oder wird jede Klausel für sich betrachtet? Die erstgenannte „Ausstrahlungswirkung“¹⁵⁷ verhandelter Klauseln auf die gesamten AGB wird in England als „all-or-nothing-approach“ bezeichnet¹⁵⁸, das

¹⁵⁵ S. zum Begriff des „small business“ unten S. 60ff.

¹⁵⁶ UTC-Report Rn. 4.46f.

¹⁵⁷ *Kessel/Jüttner*, BB 2008, 1350 (1355); *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158 (161); *Miethaner*, NJW 2010, 3121 (3123).

¹⁵⁸ S. UTC-Report Rn. 5.71.

Gegenstück dazu als „term-by-term-approach“¹⁵⁹. Im Folgenden wird synonym vom *Domino-Effekt* (wird ein Baustein umgestoßen, fallen alle) bzw. vom *Jenga-Effekt* (wird ein Baustein herausgenommen, bleibt das restliche Werk stehen) gesprochen¹⁶⁰.

In der Schweiz ist die Diskussion zum AGB-Begriff nicht sehr ausgeprägt. Das Bundesgericht hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2002 angenommen, dass Änderungen mehrerer Klauseln dafür sprechen, dass kein Formularvertrag vorliegt. Die einzige Vorschrift, die tatbestandlich „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ voraussetzt (Art. 8 UWG), gilt erst seit Kurzem in einer Fassung, die deren häufige Verwendung nahelegt (siehe dazu unten S. 114f), sodass hier möglicherweise in Zukunft mit einer ausgeprägteren Diskussion zu rechnen ist.

1. Deutschland

a) Position des BGH: „Aushandeln“

Nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind. Das Aushandeln ist die einzige „Stellschraube“¹⁶¹, an der Unternehmer drehen können, um ihre Vertragsbedingungen von der Inhaltskontrolle der §§ 305ff. BGB auszuschließen. Doch stellt die Rechtsprechung bislang hohe Anforderungen an ein „Aushandeln“. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann *„[v]on einem Aushandeln in diesem Sinne [...] nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen ‚gesetzesfremden Kerngehalt‘ [...] inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen [...]. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. In aller*

¹⁵⁹ UTC-Report Rn. 4.52, 4.55.

¹⁶⁰ Die Begriffe sind den beiden bekannten Spielen entliehen. Beim Spiel *Jenga* wird ein Turm aus Holzbausteinen aufgestellt. Ziel ist es, möglichst viele Steine aus dem Turm zu ziehen, ohne dass dieser einstürzt.

¹⁶¹ K. P. Berger, NJW 2010, 465 (467).

*Regel schlägt sich eine solche Bereitschaft auch in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Allenfalls unter besonderen Umständen kann ein Vertrag auch dann als Ergebnis eines ‚Aushandelns‘ gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibt*¹⁶². Auch wenn die Parteien die Klauseln „erörtert und sie gemeinsam gelesen“ haben, so der BGH in derselben Entscheidung, sei dies kein Aushandeln im Sinne des Gesetzes¹⁶³.

Eine neuere Entscheidung des BGH könnte wegweisend für eine Auflockerung dieser strengen Rechtsprechung sein. Im Urteil vom 25.10.2012¹⁶⁴ ging es um einen Vertrag zwischen einem Versicherungsunternehmen und einem – für dieses tätigen – Vertreter. Der Vertrag sollte die Modalitäten einer etwaigen Beendigung des Vertretervertrags regeln und enthielt unter anderem ein sechsjähriges nachvertragliches Wettbewerbsverbot. Der Vertreter hatte dem vorformulierten Vorschlag der Versicherung zugestimmt, nachdem er sich mit ihr auf „einige besondere Regelungen, darunter die Erhöhung der garantierten Zahlung auf die 1,8fache durchschnittliche Jahresprovision, verständigt hatte“¹⁶⁵. Die BGH-Richter nahmen aus diesem Grund an, die Wettbewerbsabrede unterliege nicht der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle, da sie im Einzelnen ausgehandelt worden sei¹⁶⁶. Werde nämlich ein Klauselwerk an mehreren zentralen Punkten abgeändert, könne dies dafür sprechen, „dass die Parteien alle sachlich damit zusammenhängenden Bedingungen in ihren Gestaltungswillen aufgenommen und damit das ganze Klauselwerk ausgehandelt“ hätten¹⁶⁷.

b) Reformdiskussion

Die Rechtsprechung des BGH zum Aushandeln ist in jüngerer Zeit vermehrt thematisiert worden¹⁶⁸. Die hohen Hürden an das Aushandeln werden von weiten Teilen der Literatur und in mindestens einer Landgerichtsentscheidung

¹⁶² BGHZ 153, 311 (321) = BGH NJW 2003, 1805 (1807) m. w. N.

¹⁶³ BGH NJW 2003, 1805 (1807).

¹⁶⁴ BGH, Az. VII ZR 56/11, ZIP 2012, 2508.

¹⁶⁵ BGH a.a.O. Rn. 2.

¹⁶⁶ BGH a.a.O. Rn. 20.

¹⁶⁷ BGH a.a.O. Rn. 20 a.E.

¹⁶⁸ Die Literatur hierzu wird von v. Westphalen zutreffend als „kaum noch übersehbar“ beschrieben, BB 2011, 195 (dort Fn. 1 m. w. N.).

kritisiert¹⁶⁹. Diese Kritik wird ergänzt durch Kritik an den Maßstäben, die der BGH bei der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB im unternehmerischen Verkehr anlegt, s. dazu unten S. 111ff.

(aa) Grund und Gegenstand der Kritik

Einer der Hauptgründe für die Kritik besteht darin, dass die Rechtsprechung des BGH den Vertragspartner des AGB-Verwenders dazu verleiten kann, aus taktischen Gründen nicht zu verhandeln. Das heißt, der Vertragspartner prüft die ihm vorgelegten AGB auf ihre Wirksamkeit und wägt dann ab, bei welchen Klauseln sich ein „Aushandeln“ lohnt und bei welchen dagegen eine Berufung auf ihre Unwirksamkeit vorteilhafter wäre¹⁷⁰. Denn die übrigen, nicht diskutierten Klauseln gelten nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH weiterhin als Allgemeine Geschäftsbedingungen und unterlagen der Inhaltskontrolle¹⁷¹. Das LG Frankfurt hat im Jahr 2003 aus dem genannten Grund ausdrücklich entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entschieden¹⁷². Es befand, die fragliche, nicht verhandelte Klausel sei keine Allgemeine Geschäftsbedingung und unterstellte der Verwendergegenseite, nicht über die Klausel verhandelt zu haben, um sie später im Wege der AGB-Kontrolle angreifen zu können¹⁷³. Auch von der Literatur wird gefordert, dass sogenannte Paketlösungen als ausgehandelt gelten sollten¹⁷⁴. Darunter ist der Fall zu verstehen, dass eine Partei eine nachteilige Klausel in Kauf nimmt, wenn dafür andernorts Zugeständnisse zu ihren Gunsten gemacht werden¹⁷⁵, oder dass über einige Klauseln des Vertrages verhandelt wurde (und diese ggf. im Zuge dessen geändert wurden), über andere dagegen nicht.

¹⁶⁹ LG Frankfurt a.M., NZBau 2004, 44 (45): „realitätsfremd“; *Acker/Bopp*, BauR 2009, 1040 (1044); *K. P. Berger*, ZIP 2006, 2149; *K. P. Berger*, NJW 2010, 465 (467f.); *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309 (314); *Kessel/Jüttner*, BB 2008, 1350, passim; *Koch*, BB 2010, 1810 (1811f.); *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158 (160f.); *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658 (2660f.).

¹⁷⁰ *Kessel/Jüttner*, BB 2008, 1350 (1351), s.a. LG Frankfurt a.a.O.

¹⁷¹ BGH NJW-RR 1996, 783 (787).

¹⁷² LG Frankfurt a.M., NZBau 2004, 44ff.

¹⁷³ LG Frankfurt a.M., a.a.O.

¹⁷⁴ *Acker/Bopp*, BauR 2009, 1040 (1047f.); *Basedow*, in MüKo BGB, § 305 Rn. 41, § 310 Rn. 16; *K. P. Berger*, NJW 2010, 465 (469); *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158 (159 a.E.); *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658 (2660).

¹⁷⁵ Vgl. *K. P. Berger*, NJW 2010, 465 (469); *Bodenheimer*, S. 88f; *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158 (159 a.E.); *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658 (2660).

Aus der Praxis wird schließlich noch eingewandt, es lasse sich im Nachhinein oft schwer feststellen wie beiderseitige Zugeständnisse miteinander verknüpft seien¹⁷⁶. Schon deshalb solle bei einzelnen ausgehandelten Klauseln davon ausgegangen werden, dass diese auf den übrigen AGB-Vertrag ausstrahlten¹⁷⁷. Die eben zitierte Entscheidung des BGH vom 25.10.2012 spricht dafür, dass der BGH in Zukunft von einer solchen Ausstrahlungswirkung ausgehen wird.

(bb) Gesetzgebungs-/Reformvorschläge

Zur konkreten Lösung des Problems wurde in der Literatur unter anderem vorgeschlagen, einen weiteren Satz an § 305 Abs. 1 BGB anzufügen. Dieser könne z.B. eine Aushandlungsfiktion enthalten und lauten:

„Wird eine Vertragsbedingung gegenüber einem Unternehmer [...] verwendet, so gilt sie als ausgehandelt, wenn die Vertragsparteien über sie im Einzelnen oder im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen desselben Vertrags in einer dem Gegenstand des Vertrags und den Umständen des Vertragsschlusses angemessenen Weise verhandelt haben“¹⁷⁸.

Ein anderer Vorschlag, nämlich der der „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr“¹⁷⁹, stellt auf eine selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung ab und lautet:

„Werden Vertragsbedingungen gegenüber einem Unternehmer [...] verwendet, stellen sie keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar, soweit die andere Vertragspartei diesen oder dem Vertragswerk insgesamt aufgrund einer selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidung zustimmt; einer Abänderung des vorformulierten Vertragstextes bedarf es nicht“¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Lischek/Mahnken, ZIP 2007, 158 (161).

¹⁷⁷ Lischek/Mahnken a.a.O.

¹⁷⁸ K. P. Berger, NJW 2010, 465 (467).

¹⁷⁹ Im Folgenden: AGB-Recht-Initiative; nach eigenen Angaben „getragen von VDMA, ZVEI, der IHK Frankfurt am Main, auf das Wirtschaftsrecht spezialisierten Rechtsanwälten sowie Syndizi aus Unternehmen“, siehe http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/vertragsrecht/agb_recht_initiative/, zuletzt aufgerufen am 19.03.2013.

¹⁸⁰ http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/vertragsrecht/agb_recht_initiative/gesetzgebungsvorschlaege/index.html, zuletzt aufgerufen am 19.03.2013.

Beide Vorschläge führen Umstände ins Feld, die für das „angemessene Verhandeln“ bzw. für eine selbstbestimmte Entscheidung des Unternehmers sprechen sollen. Sie nennen dabei ähnliche Indizien wie der – ebenfalls als Gesetzgebungsvorschlag eingebrachte – Katalog von *Müller/Griebeler/Pfeil* zum Begriff des Aushandelns¹⁸¹. Dazu gehören der Zeitraum, über den Verhandlungen andauerten, die Frage, ob der Vertragspartner des Verwenders anwaltlich beraten war, frühere Verhandlungen über inhaltsgleiche Vertragsbestimmungen sowie die wirtschaftliche Bedeutung des Vertragsgegenstands für die Parteien (dazu nennen *Müller/Griebeler/Pfeil* eine Wertgrenze von 1 Mio. Euro, s. zu absoluten Wertgrenzen unten S. 50ff)¹⁸². Im Vorschlag der AGB-Recht-Initiative wird schließlich die Unternehmensgröße als Merkmal für eine selbstbestimmte Entscheidung aufgeführt.

Teilweise wird auch eine „praxisgerechte Auslegung“ von § 305 Abs. 1 BGB gefordert und dabei auf die Verhandlungsbereitschaft des AGB-Verwenders abgestellt¹⁸³. Signalisiere er durch sein Verhalten insgesamt, dass er über die AGB verhandeln wolle, habe der Vertragspartner die Obliegenheit, das Verhandlungsangebot anzunehmen und Änderungswünsche zu äußern¹⁸⁴. Das weitere Verhalten der Vertragsparteien, insbesondere ob der Verwender dann auch auf Änderungswünsche des Vertragspartners eingehe, entscheide darüber, ob ausgehandelte Vertragsbedingungen vorliegen¹⁸⁵.

(cc) Resonanz im BMJ und im unternehmerischen Mittelstand

Durch die breit angelegte Initiative ist auch das Bundesministerium für Justiz auf die Materie aufmerksam geworden und hat am 29.03.2012 eine Expertenanhörung durchgeführt¹⁸⁶. Ob die Vorschläge zu einer Änderung des AGB-Rechts oder der Rechtsprechung führen werden, bleibt allerdings abzuwarten. Denn es gibt auch gewichtige Stimmen, die gegen eine Änderung argumentieren. So haben sich neun Verbände zusammengeschlossen, die

¹⁸¹ *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658 (2662).

¹⁸² K. P. Berger, NJW 2010, 465 (468), *Müller/Griebeler/Pfeil* a.a.O.; AGB-Recht-Initiative ebda. (s. Link in Fn. 180).

¹⁸³ Kaufhold, BB 2012, 1235 (1237f.); Lischek/Mahnken, ZIP 2007, 158 (162).

¹⁸⁴ Kaufhold a.a.O., S. 1237.

¹⁸⁵ Kaufhold a.a.O., S. 1237f.

¹⁸⁶ Kaufhold a.a.O., S. 1235.

größtenteils mittelständische Unternehmen vertreten, und eine gemeinsame Erklärung für das geltende AGB-Recht abgegeben¹⁸⁷. Ihrer Ansicht nach führte eine Auflockerung des AGB-Rechts dazu, dass „der letzte – und möglicherweise wirtschaftlich schwächste – Unternehmer der Leistungskette in eine ‚Haftungsfalle‘ [geriete], aus der er sich gegenüber wirtschaftlich überlegenen Unternehmern nicht befreien könnte“¹⁸⁸. Das deutsche AGB-Recht biete Transparenz und Rechtssicherheit, denn für AGB-Verwender und deren Vertragspartner sei auch aufgrund langjähriger Rechtsprechung mit großer Sicherheit vorhersehbar, inwiefern Allgemeine Geschäftsbedingungen einer richterlichen Kontrolle standhielten¹⁸⁹. Schäfer¹⁹⁰ argumentiert, Unternehmen sei nicht gleich Unternehmen, zwischen Großkonzernen und Kleingewerbetreibenden, wie z.B. Frisören, müsse unterschieden werden¹⁹¹. Er sieht die AGB-Kontrolle als „Ersatzkartellrecht“; sie trage dazu bei, dass nachfragestarke Unternehmen ihre Position nicht unbillig ausnutzen können und kein Konditionenmissbrauch stattfinde¹⁹². Auch andere Stimmen in der Literatur plädieren für die Erhaltung des *status quo*¹⁹³.

2. Schweiz

Verhandeln die Parteien über ursprünglich vorformulierte Vertragsbedingungen, sind diese unter Umständen keine AGB mehr. Dabei ist entscheidend, „*ob [...] der Urheber mit dem Vertragspartner zumindest in einer Weise über den Inhalt verhandelt hat, dass das Verhandlungsergebnis einem individuell ausgehandelten Einzelvertrag gleichgestellt werden kann*“¹⁹⁴.

Dieser Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts aus dem Jahr 2002 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Parteien stritten über die Wirksamkeit einer

¹⁸⁷ Zu den Unterzeichnern gehören u.a. der Zentralverband des Deutschen Handwerks, der Markenverband, der Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen, der Gesamtverband der deutschen Textil- und Modeindustrie sowie der Wirtschaftsverband Stahl- und Metallverarbeitung; Erklärung abrufbar unter <http://www.textil-mode.de/deutsch/Themen/Recht-und-Steuern/E4079.htm>, zuletzt abgerufen am 19.03.2013.

¹⁸⁸ S. 1 der Erklärung, s. Fn. 187.

¹⁸⁹ S. 1 der Erklärung, s. Fn. 187.

¹⁹⁰ C. Schäfer, BB 2012, 1231 (Leiter der Rechtsabteilung des Gesamtverbands der deutschen Textil- und Modeindustrie).

¹⁹¹ C. Schäfer, a.a.O., S. 1232.

¹⁹² C. Schäfer, a.a.O., S. 1233.

¹⁹³ Vor allem v. Westphalen, BB 2011, 195; ders., NJW 2009, 2977.

¹⁹⁴ BG, Urteil vom 28.11.2002, 4P.135/2002, E 3.3.

Gerichtsstandsklausel. Die Beschwerdeführerin argumentierte, die Klausel habe in einem Formularvertrag gestanden und hätte ihr deswegen gesondert zur Kenntnis gebracht werden müssen. Das Bundesgericht lehnte diese Ansicht ab. Dabei zog es folgende Aspekte in Betracht¹⁹⁵: Erstens lag zwischen der erstmaligen Unterbreitung des Vertrags und dessen Unterzeichnung mehr als ein Monat. Die Parteien trafen sich außerdem dazwischen zu einer Besprechung. Schließlich, und dies war entscheidend, wurden mit Erfolg mehrere Änderungen des Entwurfs verlangt, die andere Klauseln als die streitbefangene betrafen. Das Bundesgericht folgerte, wer an einigen Stellen Änderungen verlange, dem können andere Punkte nicht entgangen sein¹⁹⁶. Es folgt also dem sog. All-or-nothing-approach.

Ob es zwingend erforderlich ist, dass eine Klausel geändert wurde, damit das gesamte Vertragswerk als individuell vereinbart gilt, wird nicht einheitlich beurteilt¹⁹⁷. Allerdings deutet die Argumentation des Bundesgerichts darauf hin, dass eine Änderung nicht unbedingt nötig ist: Schon aus den Äußerungen des Vertragspartners zu einzelnen Klauseln habe der Verwender schließen dürfen, dass der andere den Vertrag umfassend zur Kenntnis genommen habe¹⁹⁸.

3. England

a) Diskussion unter Geltung von Sec. 3 UCTA

Dass schriftliche Vertragsbedingungen einer Partei gegebenenfalls nur Ausgangspunkt für Verhandlungen sind, wird von *HH Judge Thyne Forbes QC* als „obvious and sensible way to approach the matter“ beschrieben¹⁹⁹. Das spricht schon für eine gewisse „Verhandlungsfreundlichkeit“ des englischen Rechts. Ob ein Vertrag nach Verhandlungen noch als "written standard terms of business" im Sinne der sec. 3 UCTA gilt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab²⁰⁰. *HH Judge Thyne Forbes QC* stellte in der Entscheidung *Salvage Association v.*

¹⁹⁵ BG Nr. 4P.135/2002, E 3.3.

¹⁹⁶ Ebd.

¹⁹⁷ Eine Änderung fordert (wohl) *Baudenbacher*, UWG, Art. 8 Rn. 41, eindeutig dagegen spricht sich *Probst* aus, Handkommentar UWG, Art. 8 Fn. 103; ebenso *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262 (264) mit dem Hinweis auf Zugeständnisse bei anderen Vertragsklauseln.

¹⁹⁸ BG Nr. 4P.135/2002, E 3.3.

¹⁹⁹ *Salvage Association v CAP Financial Services Ltd* [1995] FSR 654 (671f.).

²⁰⁰ [1995] FSR 654 (672).

CAP Financial Services Ltd eine nicht abschließende Liste zu berücksichtigender Umstände auf, die in die Gesamtbetrachtung einbezogen werden können²⁰¹:

- (1) inwieweit die andere Partei die Bedingungen als Teil des Einigungsprozesses angesehen habe,
- (2) inwieweit die Bedingungen ihr auferlegt ("imposed") worden seien,
- (3) welche Verhandlungsmacht die Parteien jeweils hatten,
- (4) inwieweit der Verwender in Bezug auf den Vertrag und auf die Bedingungen zu Verhandlungen bereit gewesen sei,
- (5) das Ausmaß und die Art und Weise etwaiger vereinbarter Änderungen und
- (6) das Ausmaß und die Dauer der Verhandlungen.²⁰²

In einem späteren Urteil aus dem Jahr 2010 wurde Punkt (5) dieser Liste als wichtigster Umstand bezeichnet, also die Frage, ob, in welchem Umfang und wie die Bedingungen im Zuge der Verhandlungen verändert wurden²⁰³. In diesem Fall (*Yuanda (UK) Co Ltd v Ww Gear Construction Ltd*) ging es um einen Vertrag im Rahmen eines Großbauprojekts, bei dem der Kläger (Yuanda) eines der beteiligten Bauunternehmen war und der Beklagte (Ww Gear) das Projekt managte und Bauaufträge verteilte. Die Parteien hatten auf Grundlage der Bedingungen des Beklagten verhandelt. Die Klägerin hatte im Zuge der Verhandlungen einige Änderungen zu ihren Gunsten durchsetzen können, z. B. dass Verzugsschäden nicht erst ab einem Verzugszeitraum von vier, sondern bereits ab zwei Monaten geltend gemacht werden können²⁰⁴. Die Klauseln, die nachher streitgegenständlich wurden, waren allerdings weder diskutiert noch geändert worden. Das Gericht befand dennoch, dass die Bedingungen, zu denen der Vertrag schließlich geschlossen wurde, (allesamt) keine "written standard terms of business" im Sinne von sec. 3 UCTA waren. Denn zum einen habe der Kläger in den Verhandlungen wesentliche Änderungen durchsetzen können²⁰⁵. Zum anderen habe die Beweiserhebung gezeigt, dass der Beklagte seine Vertragsbedingungen allen anderen Vertragspartnern des Projekts vorgelegt und

²⁰¹ [1995] FSR 654, (672).

²⁰² [1995] FSR 654, (672).

²⁰³ *Yuanda (UK) Co Ltd v Ww Gear Construction Ltd* [2010] 1 CLC 491, Rn. 26.

²⁰⁴ [2010] 1 CLC 491, Rn. 6.

²⁰⁵ [2010] 1 CLC 491, Rn. 1, 28.

jeweils mit unterschiedlichen Ergebnissen darüber verhandelt habe. Er habe daher keine "standard terms"²⁰⁶.

Verhandlungen über einseitig vorformulierte Vertragsbedingungen können diese also zu einem Individualvertrag (als Gegenbegriff zu „written standard terms of business“ im Sinne von sec. 3 UCTA) werden lassen, wenn die Verhandlungen zu (nicht nur marginalen) Änderungen führen. Die Änderung einzelner Klauseln reicht aus, um alle Vertragsbedingungen als individualvertraglich vereinbart zu qualifizieren (Domino-Effekt/„all-or-nothing approach“²⁰⁷).

Bei diesem rein objektiven Ansatz sind sichtbare Änderungen des Vertragswerks maßgeblich.

Fraglich ist, ob die Bedingungen auch in folgender Konstellation nicht als „written standard terms of business“ eingestuft werden: Die Parteien verhandeln und ändern die Bedingungen letztlich nicht. Der Verwender kann aber beweisen, dass er sie stets mit seinen Vertragspartnern verhandelt und normalerweise auch abändert. Er könnte also seine Verhandlungsbereitschaft beweisen, obwohl es in diesem konkreten Fall zu keiner sichtbaren Änderung gekommen ist. Damit würde Punkt (4) auf der obigen Liste berücksichtigt: „inwieweit der Verwender in Bezug auf den Vertrag und auf die Bedingungen zu Verhandlungen bereit gewesen ist“.

Dafür spricht, dass die Verhandlungsbereitschaft in der Entscheidung *Yuanda (UK) Co Ltd v Ww Gear Construction Ltd.* als mögliches Kriterium dafür angesehen wird, ob die Bedingungen „written standard terms of business“ sind²⁰⁸. Dass eine sichtbare Änderung entbehrlich sein könnte, folgt auch daraus, dass in der Entscheidung *Hadley Design Associates v Westminster* darauf abgestellt wird, ob die Bedingungen in alle Verträge einbezogen werden, ohne dass eine maßgebliche Verhandlungsmöglichkeit besteht²⁰⁹. Das Verhandeln geht über die bloße Möglichkeit zum Verhandeln hinaus. Wenn also sogar verhandelt

²⁰⁶ [2010] 1 CLC 491, Rn. 1, 29.

²⁰⁷ S. UTC-Report Rn. 5.71.

²⁰⁸ [2010] 1 CLC 491, Rn. 26 („may be relevant“).

²⁰⁹ *Hadley Design Associates v Westminster* [2003] EWHC 1617 (TCC), Rn. 78.

wird, die Bedingungen aber letztlich nicht geändert werden, müsste erst recht eine Individualvereinbarung vorliegen.

b) Diskussion und Ergebnisse im UTC-Report

Im UTC-Report sprechen die Law Commissions mehrere Probleme an, die durch AGB im B2B-Verkehr entstehen und die eine Definition lösen müsste. Zum einen bestehe die Gefahr der „unfairen Überraschung“ („unfair surprise“) durch AGB, zum anderen sei der Verwender u.U. nicht bereit für einen einzelnen Kunden Klauseln zu ändern²¹⁰. Sie sprechen auch die Missbrauchsgefahr an, die darin bestehe, dass Kunden über Klauseln absichtlich nicht verhandelten, um sie nachher angreifen zu können²¹¹.

Die Law Commissions sehen sich außerstande, eine Formulierung zu finden, die alle denkbaren Probleme ausmerzt²¹². Insbesondere sei es unmöglich, ein Abgrenzungskriterium dafür zu finden, wann eine Partei aus taktischen Gründen absichtlich nicht über eine Klausel verhandele und wann sie aus Zeit- oder anderen Gründen nicht in der Lage gewesen sei, über die Klausel zu verhandeln²¹³. Schließlich sei auch anzunehmen, dass ein Unternehmen, welches das Fachwissen, die Zeit und die Verhandlungsmacht habe, über einzelne Klauseln eines Vertragswerks zu verhandeln, sich nicht später bei anderen Klauseln darauf berufen dürfe, diese seien nicht verhandelt worden²¹⁴. Das heißt, dass im B2B-Verkehr die bisherige Rechtsprechung beibehalten bleiben soll (Domino-Effekt / „all-or-nothing approach“²¹⁵).

Für Verträge, an denen Kleinunternehmen beteiligt sind, gilt das nicht. Für sie schlagen die Law Commissions vor, dass diejenigen Klauseln inhaltlich überprüft werden müssten, die als Standardbedingungen von einer der Parteien gestellt

²¹⁰ UTC-Report Rn. 4.48.

²¹¹ UTC-Report Rn. 4.53; taktisches Nichtverhandeln oder „AGB-Falle“, s.o. S.37.

²¹² UTC-Report Rn. 4.54, 4.13-4.16.

²¹³ UTC-Report Rn. 4.54: *„We have tried to find a formula that would exclude the second type of case from review but we have failed. It is simply not feasible to develop a clear criterion to distinguish the case where the term could have been raised for negotiation but was not, from the case in which there was no real opportunity to do so (for example, because the contract had to be concluded in a hurry). We do not pursue this approach any further. We recognise that legislation is a relatively blunt tool“.*

²¹⁴ UTC-Report Rn. 4.55.

²¹⁵ S. UTC-Report Rn. 5.71.

wurden und die nicht infolge von Verhandlungen substantiell zugunsten des Vertragspartners geändert wurden („the substance of the term was not, as a result of negotiation, changed in favour of A“)²¹⁶. Das bedeutet, dass ein Kleinunternehmen jede Klausel angreifen kann, über die nicht verhandelt wurde, auch wenn über andere Klauseln verhandelt wurde (Jenga-Effekt / „term-by-term approach“).

III. Vergleich

Die Abgrenzung von AGB zu Individualvereinbarungen über das Verhandeln verhält sich zur Informationsasymmetrie folgendermaßen: Eine Partei, die über ein Vertragswerk verhandeln will, muss sich vorher darüber informieren, welche Bestimmungen der Vertrag enthält und ob diese für sie günstig oder ungünstig sind. Anreize zu Verhandlungen bedeuten deshalb Anreize zur Überwindung der Informationsasymmetrie durch den Vertragspartner, der mit den AGB konfrontiert wird. Sie sind also grundsätzlich zu begrüßen. Dabei gilt aber: Sowohl das Sich-Informieren über die Bestimmungen des Vertrages als auch die Verhandlungen selbst generieren Kosten. Das ist wirtschaftlich gerechtfertigt, solange diese Kosten nicht höher sind als der zu erwartende Nutzen des Vertrags. Je höher das Volumen der Transaktion, desto eher ist es also dem Vertragspartner zuzumuten, sich mit den AGB auseinanderzusetzen²¹⁷ und ist es beiden Parteien zuzumuten, in Verhandlungen einzutreten. Beides muss eine Rechtsordnung berücksichtigen, die den Nutzen beider Parteien aus dem Vertrag maximieren und gleichzeitig den Rationalisierungseffekt von AGB aufrecht erhalten will.

1. Notwendigkeit der Änderung einer Klausel

Im englischen und deutschen Recht muss die Klausel unbedingt bzw. regelmäßig geändert worden sein, um als Individualvereinbarung zu gelten. Eine solche Änderung der Klausel ist aus rechtsökonomischer Perspektive überflüssig. Entscheidend ist danach, ob und inwieweit der Vertragspartner seine Informationen auf eine Ebene mit denen des AGB-Verwenders bringen kann, um

²¹⁶ Sec. 11(1) UTC-Draft (s. Anhang), UTC-Report S. 152; s.a. UTC-Report Rn. 4.46.

²¹⁷ Lischek/Mahnken, ZIP 2007, 158 (162).

das Informationsgefälle auszugleichen. Das gelingt bereits, indem er sich mit den Bestimmungen des Vertrages auseinandersetzt und/oder die Parteien sie gemeinsam erörtern. Die objektive Änderung erleichtert sicher den Beweis, dass über eine Klausel diskutiert wurde, sollte aber nicht Bedingung sein für eine Individualvereinbarung.

2. Verträge mit Kleinunternehmen: Term-by-term-approach

Der Term-by-term-approach oder Jenga-Effekt bedeutet, dass über einzelne Klauseln des Vertragswerks verhandelt werden kann, die nicht angesprochenen Klauseln aber weiterhin als Allgemeine Geschäftsbedingungen eingestuft werden. So urteilte bisher die deutsche Rechtsprechung und so sieht es der UTC-Draft für Verträge mit Kleinunternehmen vor.

Bei diesem Ansatz bleibt es folgenlos, wenn der Vertragspartner des AGB-Verwenders sich nicht mit dem gesamten Vertrag auseinandersetzt, sondern nur mit einzelnen Klauseln. Das bedeutet einen geringeren Anreiz, die Informationsasymmetrie zu überwinden. Hier sei die Besonderheit des englischen Rechts hervorgehoben: Der Term-by-term-approach gilt dort nur für Verträge mit Kleinunternehmen („small businesses“). Das sind (grundsätzlich) solche, die maximal neun Mitarbeiter haben (näheres siehe unten S. 62f). Sie sind typischerweise weniger in der Lage dazu, alle Vertragsbedingungen umfassend zu verstehen bzw. verfügen über weniger finanzielle Möglichkeiten, Rechtsrat einzuholen²¹⁸. Das bedeutet: Sie haben mehr Aufwand als große Unternehmen, um AGB umfassend zu prüfen und damit auch höhere Kosten. Indem berücksichtigt wird, dass ein kleines Unternehmen typischerweise höhere Informationskosten hat, nähert sich die Rechtsordnung an das Idealbild an, dass eine AGB-Kontrolle erst dann sinnvoll ist, wenn die Informationskosten höher sind als der zu erwartende Nutzen aus dem Vertrag (sich eine Prüfung der AGB also nicht lohnt). Die geplante englische Neuregelung ist rechtsökonomisch gesehen also ein sinnvoller Schritt.

²¹⁸ UTC-Report Rn. 5.14f.

3. Anreize zum Verhandeln durch den All-or-nothing-approach

Der All-or-nothing-approach oder Domino-Effekt wird in der Schweizer und in der bisherigen englischen Rechtsprechung verfolgt. Er setzt hohe Anreize für den Vertragspartner des AGB-Verwenders, sich mit dem gesamten Klauselwerk auseinanderzusetzen. Denn verhandelt er über eine Klausel, strahlt dies auf die übrigen Klauseln aus. Sie gelten als auch verhandelt und damit als Individualvereinbarung, sodass sie nicht mehr angegriffen werden können. Damit wird vorausgesetzt, dass der Unternehmer, der über eine Klausel verhandelt, das Gesamtpaket der AGB kennt. Wer es tatsächlich kennt, ist informiert und kann die Risiken des Vertrages einschätzen. Er weiß um dessen „wahren Preis“. Der Domino-Effekt setzt hierzu Anreize und ist deshalb aus rechtsökonomischer Sicht im unternehmerischen Geschäftsverkehr sinnvoll.

Zudem kann der Domino-Effekt dazu beitragen, das Problem des taktischen Nichtverhandelns zu lösen. Unter taktischem Nichtverhandeln ist die Situation zu verstehen, dass eine Partei in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine ihr nachteilige Klausel bemerkt, die vor Gericht keinen Bestand hätte. Sie bringt sie aber absichtlich nicht zur Sprache, um die Klausel im Streitfall angreifen zu können²¹⁹. Dieses Vorgehen birgt für die betreffende Partei Vorteile: Sie erspart sich Verhandlungen (Kosten), bei denen sie womöglich einen höheren Preis oder Zugeständnisse an anderer Stelle in Kauf hätte nehmen müssen. Gleichzeitig profitiert sie davon, dass die AGB verwendende Partei mit der Klausel kalkuliert hat: Das Risiko wird ihr (der Gegenseite) zugeordnet, sodass sie einen niedrigeren Preis zahlen muss, als wenn der Verwender das Risiko getragen hätte.

Zwar mag auch die taktierende Partei davon ausgehen, dass es nicht zum Streit über die Klausel kommen wird. Dennoch täuscht sie die andere Seite über ihr Einverständnis und verhält sich damit opportunistisch²²⁰. Opportunistisch ist ein Verhalten, wenn *„jemand das Vertrauen eines anderen erweckt hat, dieser sich kooperativ gegenüber dem Anderen verhält und jener das Vertrauen bricht, die*

²¹⁹ Vgl. LG Frankfurt a.M., NZBau 2004, 44ff.; UTC-Report Rn. 4.54; Kessel/Jüttner, BB 2008, 1350 (1351), s.o. S. 38.

²²⁰ Vgl. Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771 (791).

*unkooperative Strategie wählt und statt der Vertrauensprämie lieber eine Opportunismusprämie kassiert*²²¹. Die nicht verhandelnde Partei erweckt beim AGB-Verwender das Vertrauen auf ihr Einverständnis mit den vertraglichen Regelungen. Deshalb zahlt sie einen niedrigen Preis. Wenn es zum Streit kommt, kann sie das Risiko nachträglich der anderen Partei aufbürden. Damit bricht sie das Vertrauen und kassiert die Opportunismusprämie. Die andere Partei hat dann keinen Nutzen aus dem Vertrag; das Äquivalenzverhältnis ist gestört.

Dieses opportunistische Verhalten wird dadurch möglich, dass es schwer nachweisbar ist. Das Taktieren ist ein rein interner Vorgang und manifestiert sich nicht nach außen. Die Beweisbarkeit eines Fehlverhaltens ist aber eine der Grundannahmen dafür, dass der vollständige Vertrag funktioniert²²². Denn ein nicht beweisbares Fehlverhalten kann rechtlich nicht sanktioniert werden²²³. Es ist also aus rechtsökonomischer Perspektive wünschenswert, Fehlverhalten beweisbar zu machen. Die Rechtsordnung kann diesem Problem verschiedentlich entgegentreten: Zum einen durch Beweiserleichterungen, zum anderen durch sog. „per se Regeln“²²⁴. *„Bei ihnen greift die rechtliche Sanktion nicht bei der nicht verifizierbaren Handlung ein, sondern bei einer anderen Handlung, die in der Regel mit der nicht verifizierbaren Handlung in Verbindung auftritt*“²²⁵. Die beweisbare Handlung A ist per se mit der nicht beweisbaren Handlung B verknüpft und wird daher sanktioniert. Genau so funktioniert der Domino-Effekt: Das Verhandeln über eine bzw. die Änderung einer Klausel ist die beweisbare, die Prüfung der übrigen Klauseln durch den Vertragspartner die nicht beweisbare Handlung. Dahinter steht der Gedanke, dass derjenige, der über eine Klausel verhandelt, in der Regel auch die übrigen Klauseln geprüft haben wird, um sich ein Gesamtbild vom Vertrag zu machen. Die Rechtsfolge ist, dass *alle* Klauseln als Individualvereinbarungen gelten. Dies ist selbstverständlich nicht eine „rechtliche Sanktion“ im o.g. Sinn. Es sanktioniert aber denjenigen, der verbirgt,

²²¹ Schäfer/Ott, S. 549/550.

²²² Dies., S. 446. Dort ist von „vertragswidrigem“ Verhalten die Rede, jedoch liegt hier ein Fall vorvertraglichen Opportunismus‘ (ex-ante-Opportunismus) vor, vgl. dies., S. 427f., 550, sodass „Fehlverhalten“ präziser ist.

²²³ Dies., S. 446.

²²⁴ Dies., S. 448.

²²⁵ Dies., S. 448.

dass er mit einigen Klauseln nicht einverstanden ist, um daraus einen einseitigen Vorteil zu ziehen. Es lohnt sich für ihn dann nicht mehr, absichtlich zu schweigen.

4. Absolute Wertgrenzen

Wie gezeigt, ist eine Inhaltskontrolle von AGB erst erforderlich, wenn der Aufwand der Kenntnisnahme und Prüfung der AGB den Nutzen aus dem Vertrag übersteigt (sich Kenntnisnahme und Prüfung also nicht lohnen). Nicht nur Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts schlagen vor, dies anhand einer absoluten Wertgrenze festzumachen, die sich meist zwischen einem Vertragsvolumen von 500.000 bis 1 Mio. Euro bewegt²²⁶. Ab dann könne pauschalierend davon ausgegangen werden, dass die Informationskosten nicht unverhältnismäßig hoch gegenüber dem Vertragswert seien²²⁷. Diese Wertgrenze könne eine Vermutung oder ein Indiz dafür bilden, dass der Vertrag ausgehandelt wurde²²⁸ und soll daher an dieser Stelle thematisiert werden.

In den untersuchten Rechtsordnungen bestehen *de lege lata* noch keine derartigen Regelungen. Im deutschen Recht ist es bisher bei den oben genannten Vorschlägen aus der Literatur geblieben²²⁹. Im englischen Recht gibt es allerdings einen entsprechenden Ansatz im UTC-Report²³⁰. Er bezieht sich nur auf Verträge mit Kleinunternehmen, die grundsätzlich alle einem inhaltlichen „Reasonableness-Test“ unterliegen sollen (s. dazu unten S. 130ff). Verträge mit einem „*transaction value*“ von über £500.000 sollen davon ausgenommen werden. Dogmatisch wird also nicht beim Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeknüpft, sondern schlicht ein Ausnahmetatbestand von der Inhaltskontrolle geschaffen. Dennoch ziehen die Law Commissions zur Begründung auch Argumente heran, die sich darauf beziehen, inwieweit der Vertragspartner Kenntnis vom Vertragsinhalt hat (also sein Informationsgrad). Sie erwarten, dass Kleinunternehmen bei Verträgen ab £ 500.000 Rechtsrat suchen:

²²⁶ Becker, JZ 2010, 1098 (1104f.); Leuschner, AcP 207 (2007), 491 (524f.); ders., JZ 2010, 875 (884); Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771 (793ff.); Miethaner, NJW 2010, 3121 (3127); die Law Commissions im UTC-Report Rn. 5.24, 5.54ff.; gar 3 Mio. schlägt Pfeiffer vor, ZGS 2004, 401.

²²⁷ Leuschner, JZ 2010, 875 (884).

²²⁸ Ders., AcP 207 (2007), 491(524); Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658 (2662).

²²⁹ S.o. S. 39.

²³⁰ UTC-Report Rn. 5.24, 5.54ff.

“We anticipate that any business entering into a contract of a certain value would be ill-advised not to take legal advice on the contract and as such will not require the protections of the small business regime. We feel that the majority of small businesses would seek legal advice before entering into a contract of more than £500,000 and have therefore set that figure as our transaction value limit”²³¹.

Das impliziert, dass es wirtschaftlich vernünftig ist, ab einem Transaktionsvolumen von £ 500.000²³² Rechtsrat zu suchen, d.h. Informationskosten aufzuwenden, die man normalerweise nicht aufwenden würde.

Ein fester Schwellenwert hat Vor- und Nachteile. Einerseits ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass bei Verträgen mit hohem Volumen die Informationskosten niedriger sind als der erwartete Nutzen aus dem Vertrag (Vertragswert). Denn *„zwar steigt mit dem Vertragsvolumen regelmäßig die Komplexität der Vertragsbedingungen und in der Folge erhöhen sich auch die aufzuwendenden Transaktionskosten. Während der Vertragswert jedoch tendenziell [...] linear zum Vertragsvolumen steigt, nehmen die Transaktionskosten in Relation zum Vertragsvolumen ab einem bestimmten Punkt [...] wegen der eintretenden Sättigung des vertraglichen Regelungsbedarfs nicht mehr in relevantem Umfang zu“²³³*. Das heißt: Ein Vertragswerk kann nur begrenzt viel regeln. Die Vertragsbestimmungen werden zwar bei einem nominalen Vertragswert von 500.000 Euro komplexer sein als bei einem von 5.000 Euro. Aber sie können nur eine gewisse Komplexität erreichen, weil dann alle Punkte geregelt sind. Es kostet die Partei, die mit den AGB konfrontiert wird, mutmaßlich genau so viel, die Bedingungen eines 1 Mio.-Euro-Vertrages zu sichten, prüfen etc. wie bei einem 2 Mio.-Euro-Vertrag.

Für die absolute Wertgrenze spricht außerdem auf den ersten Blick ihre Rechtssicherheit²³⁴. Die Parteien könnten planen, ob die AGB einer

²³¹ UTC-Report Rn. 5.58.

²³² S. zum Folgeproblem der Volumenberechnung bei mehreren miteinander verbundenen Verträgen oder Sukzessiv(lieferungs)verträgen UTC-Report Rn. 5.60.

²³³ Leuschner, JZ 2010, 875 (884).

²³⁴ Ders., AcP 207 (2007), 491 (525); ders., JZ 2010, 875 (884); Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771 (795).

Inhaltskontrolle unterzogen würden oder nicht. Gegenüber einer flexibleren Formulierung würden die Gerichte entlastet, da sie mit einem klaren Kriterium operieren könnten, anstatt das Verhältnis von Vertragswert zu Informationskosten für jeden Fall neu zu untersuchen²³⁵.

Diese Rechtssicherheit besteht jedoch nur dort, wo sich der Wert des Vertrags beziffern lässt. Für die hier schwerpunktmäßig untersuchten Kaufverträge entspricht der nominale Vertragswert in der Regel dem Kaufpreis. Es ist jedoch zuzugestehen, dass für andere Vertragsarten ein nominaler Vertragswert nicht immer zweifelsfrei ermittelbar ist. Denkbar sind zum einen Fälle, in denen die Parteien bei Vertragsschluss noch nicht genau wissen, wie hoch das Entgelt letztlich sein wird (z.B. bei Bauprojekten) oder Dauerverträge, bei denen monatliche Zahlungen erbracht werden (z.B. gewerbliche Mietverträge). Zum anderen sind Fälle möglich, in denen die Gegenleistung nicht (nur) in Geld erbracht wird und sich nicht eindeutig einpreisen lässt. Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob staatliche Institutionen dazu geeignet sind, eine Wertgrenze festzulegen, weil ihr Wissen dazu regelmäßig geringer ist als das der beteiligten Unternehmer²³⁶. Selbst Unternehmern dürfte es unter Umständen schwer fallen, das Risiko bzw. den Nutzen zu beziffern, welches/welchen der Vertrag für sie hat und ihre Informationskosten einzupreisen. Hinzu kommt, dass eine feste Grenze Manipulationspotenzial bergen könnte. Sie könnte dazu führen, dass nicht mehr der Preis das „Ob“ der AGB-Inhaltskontrolle bestimmt, sondern umgekehrt. Wenn sich nämlich das Vertragsvolumen im fraglichen Grenzbereich bewegte, wäre es denkbar, dass die Parteien einen höheren Preis vereinbarten, nur um der Inhaltskontrolle zu entgehen. Allerdings ist davon auszugehen, dass beide Seiten um die Folgen wüssten. Es bestünde kein der AGB-Problematik vergleichbares Informationsproblem, sodass die Rechtsordnung nicht berufen wäre, einzugreifen. Die privatautonome Entscheidung der Parteien ist zu respektieren. Handelt es sich um einen Fall, in dem eine Partei den Preis diktieren kann, so ist dies ein wettbewerbsrechtliches Problem und soll hier nicht weiter ausgeführt werden.

²³⁵ *Leyens/Schäfer* a.a.O.

²³⁶ *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771 (794f.) schlagen vor, diesbezüglich empirische Studien durchzuführen.

Gegen eine absolute Wertgrenze spricht schließlich, dass das *Vertragsvolumen* nicht zwingend mit den vertragsimmanenten Risiken zusammenhängt: „*Wer komplexe Teilstücke für ein Fließband in einer Autofabrik zu liefern hat, sieht sich weit höheren potentiellen Umsatzausfallschäden gegenüber als ein Händler, der – im gleichen Wert – Kartoffeln exportiert*“²³⁷. Angesichts des hohen Risikos müsste der Lieferant die vertragliche Risikozuordnung eigentlich prüfen, auch wenn das Vertragsvolumen (hier: der vereinbarte Kaufpreis) unter der festgesetzten Schwelle läge. Eine absolute Wertgrenze markiert also nicht immer genau den Punkt, ab dem es sich für den Vertragspartner des AGB-Verwenders lohnt, die AGB zu prüfen.

Eine gesetzliche Regelung begegnete also verschiedenen Schwierigkeiten: Zum einen müsste sie eine Wertgrenze enthalten, bei der zu erwarten ist, dass die Informationskosten des AGB-Adressaten geringer sind als sein erwarteter Nutzen aus dem Vertrag. Sie müsste des Weiteren Parameter bereithalten, die es ermöglichen, den Vertragswert zu ermitteln. Schließlich müsste sie eine flexible Regelung enthalten für Verträge, bei denen der Vertragswert nicht das (Haftungs-)Risiko widerspiegelt, dem der Vertragspartner des AGB-Verwenders ausgesetzt ist. Denkbar wäre hierzu folgende Regelung:

„Im unternehmerischen Geschäftsverkehr sind von der Inhaltskontrolle ausgenommen:

- a) Verträge, die zu einer Summe von mehr als 1 Mio. € abgeschlossen werden,*
- b) Verträge, die zu einer Summe von mehr als 500.000€ abgeschlossen werden und bei denen das Haftungsrisiko den nominalen Vertragswert deutlich übersteigt“.*

Dieser Vorschlag orientiert sich hinsichtlich des Grenzwerts an den in der Literatur bereits vorgeschlagenen Summen und ist insoweit nur beispielhaft zu verstehen. Er soll vielmehr zur Diskussion beitragen, wie eine gesetzliche Regelung hinreichend flexibel gestaltet werden kann, um die oben genannten Fälle mit einem hohen Haftungsrisiko von der Inhaltskontrolle auszunehmen. Als „Summe“ im Sinne des obigen Vorschlags ist dabei der nominale Vertragswert zu verstehen. Als Richtwert für eine „deutliche“ Abweichung wären 125-150% des

²³⁷ Jansen, ZEuP 2010, 69 (92).

nominalen Vertragswerts denkbar. Da diese Arbeit schwerpunktmäßig Kaufverträge behandelt, enthält der Vorschlag keine Parameter zur Bestimmung des Vertragswerts. Er ist nicht abschließend zu verstehen, sondern als Baustein einer möglichen Neuformulierung. Letztlich ist zuzugestehen, dass die genannten Schwierigkeiten bei der Formulierung eines Gesetzgebungsvorschlags dazu führen könnten, dass die Rechtssicherheit, die durch eine Wertgrenze erreicht werden soll, deutlich aufgeweicht würde.

C. Der Unternehmerbegriff

Der Unternehmerbegriff spielt im AGB-Recht aus ökonomischer Perspektive folgende Rolle: Wie oben dargestellt (S. 14f), führt die Verwendung von AGB zu einer situativen Unterlegenheit des AGB-Adressaten. Es ist dafür grundsätzlich irrelevant, ob dieser natürliche oder juristische Person, Verbraucher oder Unternehmer ist. Allerdings ist bei Unternehmern die Wahrscheinlichkeit wesentlich höher, dass sie mit dem Geschäftsgegenstand vertraut sind. Entscheidend ist deshalb die Art des Geschäfts und die Üblichkeit dessen für den AGB-Adressaten (s. im Einzelnen bei Vergleich, S. 63ff).

I. Deutschland

Nach § 14 BGB ist ein Unternehmer eine „natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt“. Dafür ist erforderlich, dass er Leistungen am Markt planmäßig und dauerhaft gegen ein Entgelt anbietet²³⁸.

Ergänzend stellt § 344 HGB eine Vermutung für das Handelsgeschäft auf, d.h. für die gewerbliche Tätigkeit i.S.v. § 14 BGB. In § 344 Abs. 1 HGB heißt es: „Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig“. Der Verkehrsschutz wiegt also stärker als die Frage, ob das Rechtsgeschäft tatsächlich zum Betrieb des Handelsgeschäfts gehört. Das heißt, dass auch branchenfremde Nebengeschäfte zur gewerblichen Tätigkeit zählen, sofern nicht der Kaufmann das Gegenteil

²³⁸ Palandt/Ellenberger, § 14 Rn. 2 m.w.N.

beweist. Dies hat der BGH jüngst am Beispiel einer GmbH bestätigt, die eigentlich im Bereich der Drucktechnik tätig war und im strittigen Fall einen Gebrauch-Pkw an einen Verbraucher verkaufte²³⁹. Die GmbH wurde als Unternehmer iSv § 14 BGB eingestuft und konnte sich nicht auf einen umfassenden Haftungsausschluss berufen.

Bei der Verwendung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr gelten besondere Regeln. Zentrale Vorschrift hierfür ist § 310 Abs. 1 BGB. Werden AGB gegenüber einem Unternehmer verwendet, finden danach u. a. die in §§ 308, 309 BGB festgelegten Klauselverbote keine Anwendung. Das heißt, grundsätzlich sind AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr nur daran zu messen, ob sie den Vertragspartner des Verwenders gem. § 307 BGB „entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen“. § 310 Abs. 1 S. 2 BGB stellt jedoch klar, dass die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB keine Negativwirkung haben, d.h. die dort für im Verbraucherverkehr unwirksam erklärten Klauseln sind im Unternehmerverkehr nicht automatisch wirksam. Ein Verstoß kann dort zu einer unangemessenen Benachteiligung i.S.v. § 307 BGB führen. Bei der Wertung ist aber gem. § 310 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB „auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche [...] angemessen Rücksicht zu nehmen“. Dieser Zusatz soll für mehr Flexibilität bei der Vertragsgestaltung im B2B-Verkehr sorgen²⁴⁰. Er beruht auf dem Gedanken, dass Unternehmer eine kaufmännische Eigenverantwortung tragen und daher grundsätzlich weniger schutzbedürftig sind als Verbraucher²⁴¹.

II. Schweiz

Die Schweiz kennt kein formales Handelsrecht, dessen persönlicher Anwendungsbereich von der Unternehmer- oder Kaufmannseigenschaft des oder der Betroffenen abhängt²⁴². Der schweizerische Gesetzgeber hat sich für eine einheitliche Zivilrechtskodifikation entschieden, deren Vorschriften mal unabhängig von den beteiligten Personen und der Art des Geschäfts, mal nur für

²³⁹ BGH NJW 2011, 3435.

²⁴⁰ Pfeiffer, in W/L/P, AGB-Recht, Einl. Rn. 17; Ulmer, in U/B/H, AGB-Recht, § 310 Rn. 8.

²⁴¹ K. P. Berger, ZIP 2006, 2149 (2151); Palandt/Grüneberg, § 307 Rn. 40; Stoffels, Rn. 65.

²⁴² S. zur Frage eines „Handelsrechts“ in der Schweiz Jung, recht 2009, 43.

Kaufleute bzw. auf Handelsgeschäfte anwendbar sind²⁴³. Genau so wenig wie *das* Handelsrecht gibt es daher *den* Unternehmerbegriff. Vielmehr muss nach dem Unternehmerbegriff im AGB-rechtlichen Kontext gefragt werden.

Die schweizerische Literatur unterscheidet zwischen Konsumenten- (auch „Kunden-“ oder „Publikums-“²⁴⁴) und Unternehmer-AGB²⁴⁵. Zur Abgrenzung der beiden Kategorien werden ein formaler und ein materieller Unternehmerbegriff ins Feld geführt²⁴⁶. Der formale Unternehmerbegriff knüpft an bereits bestehende Normen an. Ganz zentral ist hierbei die Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister nach Art. 934 OR²⁴⁷. Damit verbunden ist die Wertung, (jedenfalls) wer ins Handelsregister eingetragen sei, sei geschäftserfahren und daher weniger schutzbedürftig: *„Der Eintrag ins Handelsregister bringt vielfach eine Verschärfung der Haftpflicht des Betreffenden, die nur aus der Fiktion erklärlich ist, daß ein im Handelsregister eingetragener Kaufmann gewitzter und erfahrener ist als die übrigen Rechtssubjekte“*²⁴⁸. Diesem Bild des erfahrenen Kaufmanns entspringt auch die verbreitete Abneigung schweizerischer Autoren und Autorinnen gegen eine AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr²⁴⁹.

Verpflichtet zur Eintragung ins Handelsregister ist gem. Art. 934 OR „wer ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt“. Es muss am Ort der Hauptniederlassung ins Handelsregister eingetragen werden. Früher wurde das in Art. 934 OR geforderte „Handelsgewerbe“ näher definiert als „insbesondere der Erwerb von unbeweglichen und beweglichen Sachen irgendwelcher Art und die Wiederveräußerung derselben in unveränderter oder veränderter Form“, Art. 53 lit. a Ziff. 1 Handelsregisterverordnung (HRegV) a. F. Diese und die benachbarten

²⁴³ Bühler, SJZ 1976, 1 (5). Nur auf den „Handelskauf“ anwendbar ist z.B. Art. 190 OR, wonach vermutet wird, dass der Käufer bei Verzug des Verkäufers auf die Lieferung der Ware verzichtet und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, wenn nicht der Käufer das Gegenteil unverzüglich anzeigt.

²⁴⁴ Z.B. Merz, S. 137 (160).

²⁴⁵ Kramer, BK OR, Art. 19-20, Rn. 274, 298.

²⁴⁶ Giger, S. 117; Kramer, SJZ 1985, 17, 33 (dort Fn. 94).

²⁴⁷ Bühler, SJZ 1976, 1 (5).

²⁴⁸ Bühler a.a.O., S. 6.

²⁴⁹ Z.B. Bühler a.a.O., S. 4ff; Kramer, BK OR, Art. 19-20, Rn. 298; ders., SJZ 1985, 17, 33 (37).

Vorschriften, die „einzigen generellen Abgrenzungsregelungen“, wurden allerdings 2007 „kommentarlos weitgehend abgeschafft“²⁵⁰.

Dennoch ermöglicht der Rückgriff auf eine bekannte Norm aus dem Obligationenrecht eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Konsumenten und Unternehmern im AGB-Kontext. Daher hat der formale Unternehmerbegriff den Vorteil, dass er die Rechtssicherheit fördert²⁵¹, die allerdings zulasten der Gerechtigkeit im Einzelfall gehen kann.

Der materielle Unternehmerbegriff stellt dagegen auf die tatsächliche „geschäftliche Versiertheit“ oder „Geschäftserfahrenheit und Rechtskundigkeit“ einer Person ab²⁵². Das Bundesgericht verfolgt einen Ansatz, der dem materiellen Unternehmerbegriff nahe steht. In BGE 109 Ia 55, 57 heißt es: *„Es ist jedoch zu beachten, dass nicht schlechthin zwischen geschäftserfahrenen und rechtskundigen Personen einerseits und nicht gewandten und rechtsunkundigen Personen andererseits unterschieden werden kann. Vielmehr bestehen in dieser Hinsicht Zwischenstufen, für die je nach dem **konkreten Stand der Erfahrungen der betreffenden Person** sowie nach dem Grad der formellen Klarheit und der inhaltlichen Deutlichkeit der Klausel im Einzelfall die Verbindlichkeit der Vereinbarung entweder zu bejahen oder zu verneinen ist“*²⁵³. Das BG untersucht also in jedem einzelnen Fall, wie erfahren die Vertragspartei ist, die mit den AGB konfrontiert wird.

Für den materiellen Unternehmerbegriff spricht, dass er flexibler ist und die Gegebenheiten des Einzelfalles stärker zu berücksichtigen erlaubt.

Multifunktional ist ein – hier leicht abgewandelter²⁵⁴ - Vorschlag von *Bühler*. Art. 227i OR sieht vor, dass bestimmte – ihrem Sinn und Zweck nach Verbraucherschützende, aber tatbestandlich adressatenunabhängige –

²⁵⁰ *Jung*, recht 2009, 43 (44).

²⁵¹ *Kramer*, SJZ 1985, 17, 33 (37, Fn. 94); vgl. auch *Jung* a.a.O., S. 45.

²⁵² *Giger*, S. 117; *Kramer* a.a.O., wohl auch *Hochstrasser*, Rn. 43f.

²⁵³ Hervorhebung hinzugefügt.

²⁵⁴ Der Vorschlag *Bühlers*, SJZ 1976, 1 (5) bezieht sich auf die analoge Anwendung des Art. 226m OR a.F., der den Abzahlungsvertrag betraf und mit dem Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (AS 2002 3846; BBl 1999 3155) aufgehoben wurde. Art. 227i OR ist nahezu gleichlautend und betrifft den Vorauszahlungsvertrag.

Vorschriften keine Anwendung finden, wenn „*der Käufer als Einzelunternehmen oder als Zeichnungsberechtigter eines Einzelunternehmens oder einer Handelsgesellschaft im Handelsregister eingetragen ist oder wenn sich der Kauf auf Gegenstände bezieht, die nach ihrer Beschaffenheit vorwiegend für einen Gewerbebetrieb oder vorwiegend für berufliche Zwecke bestimmt sind.*“ Die Vorschrift schafft also eine Bereichsausnahme für bestimmte Personen und (alternativ) für bestimmte Vertragsgegenstände. Nur der erste Teil (Eintragung ins Handelsregister) enthält ein formales Kriterium; der zweite Teil bedarf stets einer richterlichen Wertung.

Beiträge zum formalen oder materialen Unternehmerbegriff im AGB-Recht bleiben, soweit ersichtlich, vereinzelt. Die Unterscheidung zwischen „Konsumenten-“ und „Unternehmer-AGB“ wird vielfach als gegeben vorausgesetzt²⁵⁵. Man mag daher mit *Jung* bemängeln, der Abgrenzung des Handels- bzw. Unternehmensprivatrechts vom übrigen Privatrecht werde nicht die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt²⁵⁶. Der Mangel an Abgrenzungsversuchen insbesondere in der AGB-spezifischen Literatur mag aber schlicht daran liegen, dass es im schweizerischen Recht oft nicht erforderlich ist, eine Abgrenzung vorzunehmen. Ob und inwieweit ein Vertragspartner des AGB-Verwenders kaufmännisch versiert ist, wird erst bei der Frage relevant, ob eine Klausel für ihn „ungewöhnlich“ ist, s.u. S. 116ff.

III. England

1. Unternehmer-Begriff im UCTA

Im common law gibt es keine allgemeingültige Definition eines Unternehmers oder Kaufmanns, wenngleich dieser Gruppe eine höhere Verantwortung für ihre Geschäfte unterstellt wird.

Unter dem Regime des UCTA ist Unternehmer, wer nicht Verbraucher ist. Verbraucher ist gem. sec. 12 UCTA nur, wer den Vertrag weder zu geschäftlichen Zwecken abschließt noch dies vorgibt („neither makes the contract in the course

²⁵⁵ Vgl. BGE 109 II 452, 457 (E.4); *Baudenbacher*, Grundprobleme der AGB, *passim*; *Brunner*, ZSR 1999, 303 (308).

²⁵⁶ *Jung*, recht 2009, 43 (49, 52).

of a business nor holds himself out as doing so“, sec. 12(1)(a) UCTA). Unter Umständen handelt ein Unternehmen aber als „Verbraucher“ im Sinne des UCTA und kann sich deshalb auf die entsprechenden Vorschriften berufen. Der „geschäftliche Zweck“ wird nämlich seit der Entscheidung *R&B Customs Brokers Ltd v United Dominions Trust Ltd*²⁵⁷ von den Gerichten eng ausgelegt: der Vertrags(typ) muss wesentlicher Bestandteil des ausgeübten Geschäfts sein (“integral part of the business carried on”)²⁵⁸. Verträge, die nicht zum eigentlichen Geschäftsfeld gehören, sondern nur nebensächlich („incidental“) sind, müssen regelmäßig abgeschlossen werden, damit sie zu einem „wesentlichen Bestandteil des ausgeübten Geschäfts“ gezählt werden können²⁵⁹. Bei Verträgen, die außerhalb des eigentlichen Geschäftsfeldes liegen und nicht regelmäßig abgeschlossen werden, kann sich das Unternehmen deshalb auf die Verbrauchervorschriften des UCTA berufen²⁶⁰. Im Fall *R&B Customs Brokers Ltd v United Dominions Trust Ltd* hatte der Geschäftsführer eines Unternehmens (der zusammen mit seiner Frau alle Anteile am Unternehmen hielt) ein Auto gekauft, das sowohl zu beruflichen als auch zu privaten Zwecken genutzt werden sollte. Das Gericht, befand, dass der Autokauf mangels Regelmäßigkeit kein wesentlicher Bestandteil des Geschäfts gewesen sei und das Unternehmen hier deshalb nicht „in the course of a business“ gehandelt habe.

Diese enge Auslegung wird im Schrifttum aus mehreren Gründen kritisiert. Die Entstehungsgeschichte des UCTA zeige, dass die Law Commissions den Verbraucherbegriff bewusst eng haben halten wollen, da Unternehmer durch den „Reasonableness-Test“ ausreichend geschützt seien²⁶¹.

In funktionaler Hinsicht wird angemerkt, dass das Handeln als Verbraucher gem. sec. 12(1)(b) UCTA auch voraussetzt, dass die *Gegenseite* den Vertrag zu geschäftlichen Zwecken abschließt („the other party *does* make the contract in the course of a business“²⁶²). Werde nun der Begriff „in the course of a business“ eng ausgelegt, so erweitere dies zwar auf der ersten Stufe der

²⁵⁷ [1988] 1 WLR 321.

²⁵⁸ A.a.O., S. 330.

²⁵⁹ A.a.O., S. 331.

²⁶⁰ Ebda.

²⁶¹ *Howells*, Comp. Law. 1988, 9(6), 138 (140).

²⁶² Hervorhebung hinzugefügt.

Verbraucherbegriff (s.o.), enge ihn aber auf der zweiten Stufe wieder ein, da die Gegenseite weniger oft die Voraussetzung der sec. 12(1) UCTA erfülle²⁶³. So wird der ursprüngliche Schutzgedanke konterkariert. Auch treffe der Ansatz nicht die Richtigen: Es sei absurd, dass Großhändler sich auf den Verbraucherschutz berufen könnten, wann immer sie außerhalb ihres Kerngeschäfts agierten²⁶⁴. Wer sich bewusst entscheide, die Vorteile eines geschäftlichen Vertrags zu nutzen (z.B. steuerliche Absetzbarkeit, u.U. beschränkte Haftung), solle nicht auf der anderen Seite die Vorteile des Verbraucherschutzes genießen²⁶⁵.

Der Wortlaut von sec. 12(1) UCTA erfasse entgegen der engen Auslegung auch Verträge, die nicht zum Kerngeschäft gehörten („in the course of a business“)²⁶⁶. *Howells* führt zur Unterstützung einer weiten Auslegung ein Rechtsprechungsbeispiel aus dem Jahre 1972 an, das sich auf den Sale of Goods Act 1893 bezieht. Darin heißt es, zum Kerngeschäft eines Verkäufers gehöre es, Ware zu liefern, wenn er sich dazu verpflichtet habe. Es sei nicht einleuchtend, warum dies nicht der Fall sein sollte, wenn er die betreffende Ware zum ersten Mal handele²⁶⁷. Nach Ansicht der Richter soll also das Kerngeschäft auch erstmalige Verkäufe einer bestimmten Ware umfassen.

Darin findet sich der Gedanke wieder, dass Verträge, die ein Unternehmer (noch) nicht oft abgeschlossen hat, dennoch zu seinem „course of business“ gehören. Jedoch ist anzumerken, dass in diesem Rechtsprechungsbeispiel der fragliche Vertrag wohl zum Kerngeschäft des Unternehmers gehörte und daher ohnehin als „wesentlicher Bestandteil“ anzusehen wäre.

MacDonald befindet, es sei nicht generell unangemessen, Unternehmen unter Umständen mehr Schutz gegen unfaire Vertragsbedingungen zu gewähren²⁶⁸. Das Problem sei allerdings, dass keine klare Trennlinie zwischen Unternehmen

²⁶³ Vgl. *MacDonald*, UCTA - 30 years on, S. 153 (155); *Howells*, Comp. Law. 1988, 9(6), 138 (141).

²⁶⁴ *Prostar Management Ltd v Twaddle* (2003) SLT (Sh Ct) 11 (12), zitiert nach *MacDonald*, UCTA - 30 years on, S. 153 (155f.).

²⁶⁵ *Howells*, Comp. Law. 1988, 9(6), 138 (139).

²⁶⁶ *MacDonald*, UCTA - 30 years on, S. 153 (156), Hervorhebung im Original.

²⁶⁷ *Lord Wilberforce in Ashington Piggeries Ltd v Christopher Hill Ltd* [1972] AC 441, zitiert nach *Howells*, Comp. Law. 1988, 9(6), 138 (140); „...it is in the course of the seller's business to supply goods if he agrees, either generally, or in a particular case, to supply the goods when ordered... I cannot comprehend the rationale of holding that the subsections do not apply if the seller is dealing in the particular goods for the first time“.

²⁶⁸ *MacDonald*, UCTA - 30 years on, S. 153 (155).

einerseits und Verbrauchern andererseits gezogen werden könne²⁶⁹. Es gebe vielmehr Abstufungen in der Schutzbedürftigkeit²⁷⁰. Auf welcher Stufe der Vertragspartner stehe, hänge von seiner rechtlichen Erfahrung und seinem Zugang zu Rechtsrat ab ("spectrum [of need for protection is] concerned with legal sophistication and access to expert legal advice")²⁷¹. Dies deckt sich mit dem rechtsökonomischen Ansatz, da damit die Informationsasymmetrie zwischen den Vertragspartnern beschrieben wird. Wer rechtlich erfahren ist und/oder Zugang zu Rechtsrat hat, hat geringere Informationskosten als derjenige, auf den dies nicht zutrifft.

Diesem Gedanken versuchen wohl auch die Reformbemühungen der Law Commissions zu „Unfair Terms in Contracts“ Rechnung zu tragen. Es wird unter anderem vorgeschlagen, neben Verbrauchern und Unternehmern noch eine dritte Kategorie einzuführen, nämlich „small businesses“²⁷², s.u. S. 62f.

2. Unternehmerbegriff im UTC-Report

a) Unternehmer

Der UTC-Report greift die Kritik am bisherigen weiten Verbraucherbegriff auf. In den einschlägigen Fällen, in denen Unternehmer als Verbraucher eingestuft wurden, sei es hauptsächlich um Haftungsausschlüsse für Sachmängel gegangen. Dort sei ein unternehmerischer Vertragspartner aber ausreichend durch den Reasonableness-Test geschützt²⁷³. Nach dem Vorschlag der Law Commissions soll der Begriff „in the course of a business“ daher abgelöst werden durch das schwächere „related to his business“. Als Unternehmer handele, wer den Vertrag ganz oder hauptsächlich zu geschäftsbezogenen Zwecken abschließe („a person [...] who enters into it wholly or mainly for purposes related to his business“²⁷⁴)²⁷⁵. Außerdem können nur noch natürliche Personen („individuals“) Verbraucher sein²⁷⁶.

²⁶⁹ *MacDonald* a.a.O., S. 157.

²⁷⁰ *Ebda.*

²⁷¹ *MacDonald* a.a.O., S. 154.

²⁷² UTC-Report Rn. 2.35ff.

²⁷³ A.a.O. Rn. 4.42.

²⁷⁴ Sec. 26(1)(b) UTC-Draft (s. Anhang, S. 184ff.).

²⁷⁵ Vgl. auch UTC-Report Rn. 4.42.

²⁷⁶ Sec. 26(1)(a) UTC-Draft; s.a. UTC-Report Rn. 3.24.

b) Kleinunternehmer („small businesses“)

Um dennoch gewisse Unternehmen vor benachteiligenden AGB zu schützen, führen die Law Commissions eine neue Unterkategorie²⁷⁷ von Unternehmen ein, nämlich „small businesses“. Darunter fallen solche Unternehmen, die maximal neun Mitarbeiter haben²⁷⁸. Bei der Berechnung soll die durchschnittliche Mitarbeiterzahl des Unternehmens in den 12 Monaten vor Vertragsschluss zugrunde gelegt werden²⁷⁹. Ist das Unternehmen rechtlich mit einem anderen Unternehmen verbunden („associated business“), sollen auch dessen Mitarbeiter mitzählen²⁸⁰. Als verbunden werden Unternehmen behandelt, wenn entweder das eine so zum anderen gehört, dass es von ihm kontrolliert wird oder beide zu einem dritten Unternehmen gehören, das sie kontrolliert²⁸¹.

Die Law Commissions sehen diese Kleinunternehmen als Verbrauchern vergleichbar schutzwürdig an. Sie bildeten den Großteil der Unternehmen im UK, seien aber in der Regel weniger in der Lage, alle Vertragsbedingungen umfassend zu verstehen bzw. verfügten über weniger finanzielle Möglichkeiten, Rechtsrat einzuholen²⁸². Sie seien besonders gefährdet, mit übermäßig vielen Risiken belastet und davon überrumpelt zu werden²⁸³.

Der UTC-Report sieht dementsprechend ein annähernd gleiches Schutzregime für Verbraucher und Kleinunternehmen vor²⁸⁴. Jegliche AGB, die gegenüber Kleinunternehmern verwendet werden, müssen „fair and reasonable“ sein²⁸⁵. Gegenüber der Rechtslage unter dem UCTA bedeutet dies eine erhebliche Erweiterung des Schutzbereichs, da nun alle Arten von Klauseln erfasst sind.

Allerdings befürworten die Law Commissions Ausnahmen vom persönlichen und sachlichen Schutzbereich. Hochspezialisierte Unternehmen oder solche, die

²⁷⁷ Ausdrücklich UTC-Report Rn. 5.26.

²⁷⁸ UTC-Report Rn. 5.34ff. Die Law Commissions lehnten es ab, außer der Zahl der Angestellten noch den Jahresumsatz heranzuziehen, Rn. 5.36 ff; vgl. hierzu *Bodenheimer*, S. 180f.

²⁷⁹ UTC-Report Rn. 5.43f.

²⁸⁰ A.a.O. Rn. 5.45f.

²⁸¹ UTC-Report Rn. 5.45, dort Fn. 40: „*Two employers will be treated as associated if, either, one is a body of which the other employer (directly or indirectly) has control, or both are bodies of which a third person (directly or indirectly) has control*“.

²⁸² UTC-Report Rn. 5.14f.

²⁸³ A.a.O. Rn. 5.5ff., 5.16.

²⁸⁴ UTC-Report Rn. 5.2, 5.5ff.

²⁸⁵ UTC-Report Rn. 5.30; im B2C-Bereich müssen auch Individualvereinbarungen „fair and reasonable“ sein, s. a.a.O. Rn. 5.29.

eigens für bestimmte Projekte von größeren Unternehmen ins Leben gerufen wurden, sollen nicht als schutzbedürftige Kleinunternehmer behandelt werden²⁸⁶. Drei Ausnahmen sind deshalb vorgesehen²⁸⁷:

- „Quasi-Tochterunternehmen“, d.h. solche, die de facto von einem größeren Unternehmen dirigiert werden²⁸⁸,
- Verträge, deren Volumen über £500.000 liegt²⁸⁹,
- Finanzdienstleistungsverträge, da diese bereits stark reguliert sind²⁹⁰.

IV. Vergleich

1. Kernbereich des unternehmerischen Geschäfts: Routine-Effekt

Der Unternehmerbegriff hängt mit der Informationsasymmetrie in AGB-Verträgen wie folgt zusammen: Ein Unternehmer hat unter Umständen geringere Informationskosten als ein Verbraucher. Wer regelmäßig mit umfangreichen Vertragstexten konfrontiert wird, entwickelt Routine und Vertrautheit mit typischen AGB-Strukturen. Wiederkehrende Geschäfte beinhalten wiederkehrende Haftungsfragen. Dadurch entsteht eine rechtliche Erfahrung des Entscheidungsträgers²⁹¹. Der gesteigerte Informationsgrad geht mit niedrigeren Informationskosten einher (Routine-Effekt). Allerdings tritt der Routine-Effekt nur bei wiederkehrenden Geschäften ein und ist grundsätzlich unabhängig von der Unternehmereigenschaft. Er ist primär mit der *Art* des Geschäfts und nicht mit dessen Beteiligten verbunden. Das erklärt, warum aus rechtsökonomischer Sicht eine transaktionsspezifische (nicht adressatenspezifische) Ausgestaltung der AGB-Kontrolle empfohlen wird²⁹². Allerdings können auch adressatenspezifische Aspekte zu geringeren Informationskosten führen. Zum Beispiel können je nach Unternehmensgröße Fragen zu AGB kostengünstig der Rechtsabteilung zur Klärung vorgelegt werden.

²⁸⁶ UTC-Report Rn. 5.50.

²⁸⁷ A.a.O. Rn. 5.51.

²⁸⁸ Sec. 27(2) i.V.m. 28 UTC-Draft, UTC-Report S. 170.

²⁸⁹ Sec. 29 UTC-Draft, UTC-Report S. 172. Hiervon sind auch zusammenhängende Verträge erfasst, um Umgehungen zu vermeiden, s. UTC-Report Rn. 5.60.

²⁹⁰ Sec. 29(4) und (10) UTC-Draft; UTC-Report S. 172, a.a.O. Rn. 5.64-5.67.

²⁹¹ Axer, S. 136 („Spezialkenntnisse“).

²⁹² Vgl. Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771 (792); s.a. oben die Ausführungen zu einer nur situativen, nicht personenbezogenen Überlegenheit des AGB-Verwenders, S. 14f.

Möglich ist auch, dass die adressatenspezifische Anknüpfung (Unternehmer - Verbraucher) transaktionsspezifische Elemente berücksichtigt, z.B. wie vertraut der Adressat mit dem jeweiligen Geschäft ist. Es ist aus rechtsökonomischer Perspektive sinnvoll, die Unternehmereigenschaft (sofern sie über das „ob“ der AGB-Kontrolle mitentscheidet) im Einzelfall davon abhängig zu machen, wie üblich das Geschäft für die Partei ist. Bei branchenüblichen Geschäften tritt der oben beschriebene Routine-Effekt ein und eine Inhaltskontrolle ist tendenziell nicht geboten. Branchenfremde Geschäfte bedeuten dagegen für die Partei höhere Informationskosten und verlangen tendenziell eher eine Inhaltskontrolle der Vertragsbedingungen.

Die Frage der Branchenüblichkeit wird im deutschen Recht nicht berücksichtigt. Zwar sieht § 14 BGB eine Einzelfallwertung vor, d.h. der Unternehmer ist nicht per se Unternehmer, sondern wird von Vertrag zu Vertrag beurteilt. Doch im Zweifel werden auch branchenfremde Geschäfte als zum Betriebe des Handelsgeschäfts gehörig gezählt. Das transaktionsspezifische Element wird nicht berücksichtigt.

Für das schweizerische Recht ist vor diesem Hintergrund festzuhalten, dass der materiale Unternehmerbegriff vorzugswürdig ist, den auch das BG benutzt. In der oben zitierten Entscheidung²⁹³ nehmen die Schweizer Richter tatsächlich eine Analyse der Informationskosten vor, wenn sie schreiben, dass Zwischenstufen bestehen, *„für die je nach dem **konkreten Stand der Erfahrungen der betreffenden Person** sowie nach dem Grad der formellen Klarheit und der inhaltlichen Deutlichkeit der Klausel im Einzelfall die Verbindlichkeit der Vereinbarung entweder zu bejahen oder zu verneinen ist“*²⁹⁴. Zwar stellen sie nicht ausdrücklich darauf ab, ob die Person Geschäfte dieser Art häufig tätigt, jedoch kann dies beim konkreten Stand ihrer Erfahrungen berücksichtigt werden. Dass auf der anderen Seite die formelle Klarheit und inhaltliche Deutlichkeit der Klausel in Betracht gezogen werden, ist aus rechtsökonomischer Perspektive ebenfalls zu begrüßen. Dieser Faktor ist

²⁹³ BGE 109 Ia 55, s.o. S. 56.

²⁹⁴ BG a.a.O., S. 57; Hervorhebung hinzugefügt.

mitentscheidend dafür, wie viel es die Person kostet, die Klausel zu erfassen. Schließlich berücksichtigt die schweizerische Rechtsprechung den Routine-Effekt noch bei der Frage, ob eine Klausel für den Vertragspartner des AGB-Verwenders „ungewöhnlich“ ist, s. dazu unten S. 116ff.

Im englischen UCTA wird ähnlich wie im deutschen BGB darauf abgestellt, ob der konkrete Vertrag zu geschäftlichen Zwecken abgeschlossen wurde, sec.12(1)(a) UCTA. Diese Einzelfallwertung ist grundsätzlich sinnvoll. Die englische Rechtsprechung legt den Begriff zudem bisher eng aus und beschränkt ihn auf den „wesentlichen Bestandteil des ausgeübten Geschäfts“. Dazu gehören auch „nebensächliche“ Verträge, soweit sie regelmäßig abgeschlossen werden (s.o. S. 59). Sowohl bei „wesentlichen Bestandteilen des ausgeübten Geschäfts“ als auch bei regelmäßigen Nebengeschäften ist anzunehmen, dass ein Routine-Effekt hinsichtlich der fraglichen Transaktion entstehen konnte. Die Auslegung ist also aus rechtsökonomischer Sicht sinnvoll.

Nach den Vorstellungen der Law Commissions soll der Unternehmerbegriff in Zukunft weiter gefasst sein. Als Unternehmer soll handeln, wer den Vertrag ganz oder hauptsächlich zu geschäftsbezogenen Zwecken abschließt („a person [...] who enters into it wholly or mainly for purposes related to his business“)²⁹⁵. Diese Abgrenzung macht allerdings aus wirtschaftlicher Sicht wenig Sinn: Wurde vorher der Routine-Effekt mittelbar berücksichtigt, soll nun allein der Vertragszweck ausschlaggebend sein. Damit werden auch einmalige oder selten vorgenommene Geschäfte erfasst. Das mag aus einem sozialen Verbraucherschutzgedanken heraus verständlich sein, berücksichtigt jedoch zu wenig, dass auch Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen bei branchenfremden Transaktionen weniger informiert sein können.

²⁹⁵ Sec. 26(1)(b) UTC-Draft (s. Anhang S. 184ff).

2. Routine-Effekt bei „Kleinunternehmen“ im Sinne des UTC-Reports?

a) Grundsatz: keine Berücksichtigung des Routine-Effekts

Es fragt sich, ob dies durch die Einführung der Zwischenstufe „Kleinunternehmen“ aufgefangen wird. Sie knüpft adressatenspezifisch an maximal neun Angestellte an. Zum transaktionsspezifischen Element, inwieweit das Unternehmen Routine mit dem jeweiligen Vertragstyp entwickeln konnte, finden sich unterschiedliche und teilweise widersprüchliche Aussagen im UTC-Report. Einerseits wird ein höherer Informationsgrad des Kleinunternehmens auf seinem Fachgebiet („area / field of expertise“) angenommen: Außerhalb seines Fachgebiets sei ein Unternehmen auf Nachfragerseite in einer dem Verbraucher vergleichbaren Position²⁹⁶, innerhalb des Fachgebiets seien die „Probleme, die mit einem Informationsmangel einhergehen, weniger dringlich“ als bei einmaligen Verträgen²⁹⁷. Die Law Commissions sprechen also die Informationsasymmetrie an und verknüpfen sie mit der Frage, wie erfahren das Unternehmen auf dem Gebiet des fraglichen Vertrags ist. Dazu im Widerspruch steht allerdings die Aussage, das Problem sei *nicht* beschränkt auf das Fachgebiet des Unternehmens; viele Kleinunternehmer verstünden auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht, auf Grundlage derer sie regelmäßig Lieferungen erhielten²⁹⁸. Dieser Gedanke trägt wohl auch die Entscheidung mit, die AGB-Kontrolle dennoch grundsätzlich unabhängig von der Art des Vertrages zu gestalten. Damit wird der Fehlanreiz gesetzt, dass Unternehmen sich trotz möglicherweise geringer Informationskosten und einem hohen Vertragswert nicht mit den Vertragsbedingungen auseinandersetzen.

²⁹⁶ UTC-Report Rn. 5.13: „when a small business contracts as a customer for goods or services which are outside its field of expertise, it is in a position that is very similar to that of a consumer“.

²⁹⁷ UTC-Report Rn. 5.19: „when a small business is making a contract (whether as customer or as supplier) that is within its area of expertise, the problems associated with a lack of information are less pressing than in the context of one-off contracts“.

²⁹⁸ UTC-Report Rn. 5.17: „The problem is not limited to small businesses that are customers for goods and services outside their field of expertise. Responses confirmed that many small businesses do not fully understand the standard terms on which they obtain supplies regularly“.

b) Korrektur durch Ausnahmetatbestände?

Über die drei Ausnahmetatbestände wollen die Law Commissions Unternehmen erfassen, die auf extrem hohem Erfahrungsniveau operieren und Geschäfte in Millionenhöhe abschließen²⁹⁹. Die Berücksichtigung des Erfahrungsniveaus ist grundsätzlich sinnvoll und kann den beschriebenen Fehlanreiz abmildern. Es fragt sich aber, ob die geplanten Ausnahmen das erreichen können.

Zum einen wird der Begriff der „associated persons“ (s.o. S. 62) weit gefasst: Auch wenn nur eine de-facto-Kontrollmöglichkeit besteht, werden die Angestellten des fraglichen mit denen des (potenziell) kontrollierenden Unternehmens zusammengerechnet³⁰⁰. So werden auch „Quasi-Tochterunternehmen“ nicht als Kleinunternehmen behandelt. Dieser Bezugspunkt hat nur mit der Größe des Unternehmens zu tun. Weder enthält er transaktionsspezifische Elemente (Routine-Effekt), noch wird in sonstiger Weise auf informationsrelevante Aspekte abgestellt (z.B. ob das zugehörige Unternehmen eine Rechtsabteilung hat o.ä.). Man mag alleine dafürhalten, dass es bei größeren Unternehmen wahrscheinlicher ist, dass sie über branchentypische Markterfahrung und/oder eine Rechtsabteilung verfügen und das Quasi-Tochterunternehmen davon profitiert (niedrigere Informationskosten hat).

Zur Ausnahme für Verträge mit einem Volumen von über £500.000 siehe oben S. 50f. Diese Wertgrenze hat nichts mit dem Erfahrungsniveau des Unternehmens zu tun, sondern vielmehr mit der Frage, wann es für das Unternehmen wirtschaftlich sinnvoll ist, Informationskosten aufzuwenden, um die AGB zu prüfen.

Den Ausschluss von Finanzdienstleistungsverträgen aus dem Schutzregime für Kleinunternehmen begründen die Law Commissions damit, dass dieser Sektor ohnehin schon stark reguliert sei und eine Überregulierung vermieden werden solle³⁰¹. Darin klingt der Gedanke an, dass das Vertragsrecht den

²⁹⁹ UTC-Report Rn. 5.50: „operate in extremely sophisticated ways and do business worth millions of pounds“.

³⁰⁰ UTC-Report Rn. 5.53.

³⁰¹ UTC-Report Rn. 5.64: „It was pointed out that protections are largely unnecessary in areas where businesses dealing with small businesses are already regulated. To extend protection to small businesses in these situations could result in over-regulation of the market“.

Rationalisierungseffekt von AGB aufrechterhalten soll. Er würde beeinträchtigt, bürdete man dem Verwender (zu viele) regulatorische Vorgaben auf. Bei einem ohnehin schon stark regulierten Markt ist aber zweifelhaft, ob eine AGB-Inhaltskontrolle tatsächlich ein „Mehr“ an Regulierung bedeutet oder nicht einfach die Verknüpfung vertragsrechtlicher mit aufsichtsrechtlichen Bestimmungen. Dafür müsste geprüft werden, wie die Regulierung des Finanzdienstleistungsmarktes im B2B-Verkehr in England ausgestaltet ist, insbesondere welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen hat. Das würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, wie diese Ausnahme dazu beitragen soll, sehr erfahrene Unternehmen vom Schutz der geplanten UTC-Regelungen auszunehmen. Ein Unternehmen, das eine Finanzdienstleistung nachfragt, kann sehr unterschiedlich erfahren sein.

Es bleibt festzuhalten, dass die geplanten Ausnahmen vom „Kleinunternehmer-Schutzregime“ nicht dazu geeignet sind, gerade besonders erfahrene Unternehmen zu erfassen.

Auch insgesamt überzeugt die Kleinunternehmer-Regelung aus ökonomischer Sicht nur bedingt. Sie ist ein Kompromiss aus Rechtssicherheit durch klare Kriterien einerseits und ökonomischen Aspekten andererseits. Diese werden aber durch sozialpolitische Schutzerwägungen verwässert, sodass kein konsistentes System entsteht.

Konsequenterweise müsste der Unternehmerbegriff davon abhängig gemacht werden, ob das Unternehmen bei der konkreten Transaktion mit einem Vertragstyp konfrontiert ist, den es mindestens regelmäßig abschließt. Diese Erwägung müsste auch nicht unbedingt beim Unternehmerbegriff angesiedelt werden, sondern könnte – vergleichbar den Vorschlägen der Law Commissions – eine Ausnahme von der Inhaltskontrolle bilden.

D. Einbeziehung von AGB in den Vertrag

I. Deutschland

1. Allgemeine Einbeziehungsvoraussetzungen

In Deutschland richtet sich die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr nach den allgemeinen rechtsgeschäftlichen Vorschriften. Die Sondervorschrift des § 305 Abs. 2 BGB, wonach der Verwender die andere Partei ausdrücklich auf die Geltung der AGB hinweisen und ihr eine zumutbare Kenntnisnahme ermöglichen muss, findet gegenüber Unternehmern keine Anwendung, § 310 Abs. 1 S. 1 BGB.

So reicht es im kaufmännischen Geschäftsverkehr für die Einbeziehung von AGB regelmäßig aus, „daß [...] der Verwender im Zusammenhang mit dem Vertragschluß auf sie hinweist und der Vertragspartner ihrer Geltung nicht widerspricht“³⁰². Der Hinweis kann auch konkludent erfolgen, z. B. indem der Verwender die AGB seinem schriftlichen Angebot beifügt, sie auf der Rückseite eines Bestellscheins oder in Preislisten oder Katalogen abdruckt, die dem Bestellvorgang üblicherweise zugrunde liegen³⁰³. Dies muss der Vertragspartner grundsätzlich als Einbeziehungshinweis verstehen. Ausnahmen können allerdings für Vertragspartner gelten, die in dieser Branche geringere Geschäftserfahrung besitzen³⁰⁴. Auf Wunsch des Vertragspartners muss der Verwender diesem die Möglichkeit geben, vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen, indem er sie übersendet oder eine leicht zugängliche Fundstelle benennt³⁰⁵, z.B. im Internet.

Der Hinweis auf die Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen entfaltet Wirkung für mehrere Geschäfte, wenn die Kaufleute „in laufender Geschäftsverbindung zueinander stehen, dabei frühere Verträge zwischen ihnen stets zu den Geschäftsbedingungen der einen Seite abgeschlossen worden sind und diese unmißverständlich zu erkennen gegeben hat, daß sie regelmäßig Geschäfte nur auf der Grundlage ihrer eigenen Geschäftsbedingungen tätigen

³⁰² BGH NJW 1992, 1232 (1232).

³⁰³ Pfeiffer, in W/L/P, AGB-Recht, § 305 Rn. 125.

³⁰⁴ Ulmer/Habersack in U/B/H, AGB-Recht, § 305 Rn. 170 a.E. (für Kleinunternehmer).

³⁰⁵ H. Schmidt, NJW 2011, 3329 (3331): „Beschaffungsobliegenheit“ des unternehmerischen Vertragspartners.

will“³⁰⁶. Dabei muss es sich um „für die laufende Geschäftsbeziehung typische Verträge“ handeln³⁰⁷.

Ein Indiz für den konkludenten Einbeziehungswillen des Verwenders kann ferner sein, dass die Verwendung von AGB branchenüblich ist³⁰⁸, d.h. wenn sie „allgemein in der betreffenden Branche benutzt werden und ein entsprechendes Bewusstsein bei den beteiligten Kreisen besteht“³⁰⁹. Dann muss der Verwender nicht gesondert auf sie hinweisen. Allerdings gilt das nur, sofern auch sein Vertragspartner branchenkundig und das fragliche Geschäft branchentypisch ist³¹⁰. Bekanntestes Beispiel für branchenübliche AGB sind die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp)³¹¹.

Ein ausdrücklicher Hinweis auf AGB (erst) in einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben reicht grundsätzlich ebenfalls dafür aus, dass sie wirksam in den Vertrag einbezogen werden³¹².

In ganz seltenen Fällen werden AGB nicht durch rechtsgeschäftliche Einigung Bestandteil des Vertrages, sondern gelten kraft Handelsbrauchs gem. § 346 HGB. Ein Handelsbrauch setzt voraus, dass „eine tatsächliche, nicht nur vorübergehende Übung besteht, die von der allgemeinen Zustimmung der beteiligten Verkehrskreise getragen wird“³¹³. Das wird von der Rechtsprechung nur in Einzelfällen bejaht, z.B. für die Tegernseer Gebräuche im Holzhandel, die Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen (ADS) und für einfache Eigentumsvorbehalte in einzelnen Branchen (z.B. im Weinhandel)³¹⁴. Da die Anforderungen an die Entwicklung eines Handelsbrauchs (und der Beweis

³⁰⁶ BGH NJW 1992, 1232 (1233).

³⁰⁷ Pfeiffer, in W/L/P, AGB-Recht, § 305 Rn. 126.

³⁰⁸ BGH NJW 1985, 1838 (1840); Pfeiffer a.a.O., Rn. 127; Stoffels, Rn. 305; Ulmer/Habersack in U/B/H, AGB-Recht, § 305 Rn. 173.

³⁰⁹ Pfeiffer a.a.O., Rn. 127.

³¹⁰ Pfeiffer ebda.; Ulmer/Habersack in U/B/H, AGB-Recht, § 305 Rn. 173f.; Uusitalo, S. 280 a.E.

³¹¹ BGHZ 96, 138; BGH NJW 1985, 2411 (2412); NJW-RR 1996, 1313; Ulmer/Habersack a.a.O., Rn. 175 m.w.N.

³¹² K. P. Berger in P/W/W, § 305 Rn. 36; Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 52; Pfeiffer, in W/L/P, AGB-Recht, § 305 Rn. 135; H. Schmidt, NJW 2011, 3329 (3333); Ulmer/Habersack in U/B/H, AGB-Recht, § 305 Rn. 177f.

³¹³ Pfeiffer, in W/L/P, AGB-Recht, § 305 Rn. 145.

³¹⁴ Pfeiffer a.a.O., Rn. 147 m.w.N.

dessen) sehr hoch sind, empfiehlt es sich für die Parteien, die Einbeziehung einer fraglichen Klausel auf anderem Wege zu erreichen³¹⁵.

2. Überraschende Klauseln nach § 305c Abs. 1 BGB

Nach § 305c Abs. 1 BGB werden solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht. Daraus werden allgemein zwei Voraussetzungen abgeleitet, nämlich erstens die objektive Ungewöhnlichkeit der Klausel und zweitens ein ihr innewohnendes subjektives Überraschungsmoment³¹⁶.

a) Ungewöhnlichkeit

Die Ungewöhnlichkeit der Klausel kann sich aus inhaltlichen oder aus systematisch-gestalterischen Aspekten ergeben. Als inhaltlich ungewöhnlich beurteilt wird eine Klausel z. B. dann, wenn sie deutlich von der Risikoverteilung abweicht, die der konkrete Vertragstyp nach dem Maßstab des dispositiven Rechts aufwies³¹⁷. Allerdings sollen hier auch die Erwartungen einfließen, die der „redliche Verkehr typischerweise oder aufgrund des Verhaltens des Verwenders bei Vertragsschluss [...] an den typischen Vertragsinhalt knüpft“³¹⁸, also ein subjektiv gefärbtes Element. Darunter fällt auch die Erwartung, dass der Vertrag nur das regelt, wofür er geschlossen wurde: Klauseln, die Hauptpflichten wesentlich modifizieren oder gar neu begründen und/oder den Vertragscharakter an sich modifizieren, gelten ebenfalls als ungewöhnlich³¹⁹.

Nahe am Wortlaut des § 305c Abs. 1 BGB („...insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags“) bewegt sich die Wertung, eine Klausel sei ungewöhnlich, wenn sie nach Gliederung und Systematik der AGB nicht an der fraglichen Stelle zu erwarten sei³²⁰. Die Verwendergegenseite dürfe

³¹⁵ *Uusitalo*, S. 279.

³¹⁶ Vgl. *K. P. Berger* in *P/W/W* § 305c Rn. 4; *Palandt/Grüneberg*, § 305c Rn. 3f; *Ulmer/Schäfer* in *U/B/H*, AGB-Recht, § 305c Rn. 11ff.; kritisch *Stoffels*, Rn. 355.

³¹⁷ *K. P. Berger* a.a.O., Rn. 5; *Ulmer/Schäfer* a.a.O., Rn. 14, 16.

³¹⁸ *Ulmer/Schäfer* a.a.O., Rn. 12; BGHZ 61, 275 zu Abweichungen von Werbung des Verwenders.

³¹⁹ *Ulmer/Schäfer* in *U/B/H*, AGB-Recht, § 305c Rn. 14f m.w.N.

³²⁰ BGH NJW 1982, 2309 (2310); 2010, 671 (672, Rz. 16f.); 2009, 578 (579, Rz. 14 a.E.); *Ulmer/Schäfer* a.a.O., Rn. 17; *Uusitalo*, S. 361f.

Gliederungsüberschriften ernst nehmen³²¹. Klauseln an anderer als der suggerierten Stelle werden als „versteckt“ und damit ungewöhnlich eingestuft³²².

b) Überraschungsmoment

Das subjektive Überraschungsmoment setzt eine erhebliche Diskrepanz zwischen berechtigten Erwartungen des Kunden und tatsächlichem Klauselinhalt voraus³²³.

*„Die Erwartungen des Vertragspartners werden von allgemeinen und individuellen Begleitumständen des Vertragsabschlusses bestimmt. Hierzu zählen der Grad der Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht und die für den Geschäftskreis übliche Gestaltung einerseits, Gang und Inhalt der Vertragsverhandlungen sowie der äußere Zuschnitt des Vertrags andererseits“*³²⁴.

Hier ergeben sich Überschneidungen zur Ungewöhnlichkeit, die ja auch an Erwartungen anknüpft, die der typische Klauseladressat an den Inhalt des Vertrages haben durfte. Nach dem Gesagten gehen die Ungewöhnlichkeit der Klausel und ihr Überraschungsmoment regelmäßig Hand in Hand³²⁵.

Allerdings können die individuellen Umstände des Vertragsschlusses dazu führen, dass der Kunde dennoch mit der Klausel rechnen muss, nämlich wenn er die Klausel kennt oder seine Kenntnisnahme von der Klausel zu erwarten ist³²⁶.

Darunter fällt es, wenn der Verwender deutlich auf die fragliche Klausel hinweist, was grundsätzlich auch durch Hervorhebungen im Schriftbild möglich ist³²⁷. An die Deutlichkeit des Hinweises stellt die Rechtsprechung umso höhere Anforderungen, je ungewöhnlicher die Klausel und je geschäftsunerfahrener die Verwendergegenseite ist³²⁸.

Für den unternehmerischen Verkehr formuliert *Lindacher* eine Obliegenheit zur Kenntnisnahme in bestimmten Fällen: Man könne die Kenntnisnahme des

³²¹ *Lindacher* in W/L/P, AGB-Recht, § 305c Rn. 22.

³²² Ebda.

³²³ BGHZ 84, 113; 130, 19; BGH NJW-RR 2004, 780; *K. P. Berger*, P/W/W, § 305c Rn. 6; *Palandt/Grüneberg*, § 305c Rn. 4.

³²⁴ BGH NJW-RR 2004, 780 (781).

³²⁵ Vgl. BGH NJW 2010, 671 (672, Rz. 12): Wenn die die Regelung im Rahmen des Ortsüblichen und Notwendigen sei, ergebe sich daraus *gleichzeitig*, dass sie nicht überraschend sei.

³²⁶ BGH NJW-RR 2004, 780 (781); *Palandt/Grüneberg*, § 305c Rn. 4; *Lindacher* in W/L/P, AGB-Recht, § 305c Rn. 38f.; *Ulmer/Schäfer* in U/B/H, AGB-Recht, § 305c Rn. 23f.

³²⁷ BGH NJW 1978, 1519 (1520); 1992, 1822 (1823); 1985, 848 (849); NJW-RR 2002, 485 (486); *K. P. Berger*, in P/W/W, § 305c Rn. 7; *Palandt/Grüneberg*, § 305c Rn. 4; *Ulmer/Schäfer* a.a.O., Rn. 23.

³²⁸ *Ulmer/Schäfer* in U/B/H, AGB-Recht, § 305c Rn. 24.

Kunden bei Großaufträgen und bei solchen Geschäften erwarten, die Glied einer Kette gleichartiger Geschäfte zwischen den Vertragsparteien seien, vorausgesetzt, die AGB seien dem Kunden überlassen worden, sinnvoll gegliedert und die Klausel sei darin systemgerecht platziert. Denn bei diesen Vertragsabschlüssen erhielten auch sonst weniger wichtige Regelungen „kalkulatorische Relevanz“³²⁹.

II. Schweiz

1. Allgemeine Einbeziehungsvoraussetzungen

In der Schweiz werden AGB auf zwei Ebenen kontrolliert, auf der Einbeziehungs- und auf der Auslegungsebene. Eine offene (d.h. direkte) Inhaltskontrolle gibt es trotz „praktisch einhelliger Forderungen der Lehre“³³⁰ im unternehmerischen Verkehr nicht. Allerdings wird sich zeigen, dass Überlegungen zum Inhalt der fraglichen Klausel mitentscheidend für die Frage ihrer Einbeziehung in den Vertrag und ihre Auslegung werden.

Im Wesentlichen müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein, damit AGB im schweizerischen Recht Vertragsbestandteil werden³³¹. Erstens muss der Verwender auf seine AGB hinweisen, sei es ausdrücklich oder durch Bekanntmachung. Zweitens muss der Vertragspartner die Möglichkeit haben, von den Bedingungen vor oder bei Vertragsschluss in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen³³². Im unternehmerischen Geschäftsverkehr nimmt das Bundesgericht (BG) häufig an, dass AGB dem Vertragspartner bekannt waren oder es hätten sein müssen, insbesondere wenn frühere Transaktionen auch mit AGB abgewickelt wurden³³³. *Kramer/Schmidlin* leiten hieraus die allgemeine Regel ab, „dass AGB im kaufmännischen Verkehr als stillschweigend vereinbart gelten, wenn sich aus der vorangehenden Geschäftsbeziehung der Kaufleute (im Rahmen derer jeweils AGB verwendet wurden) zwingend ergibt, dass auch im

³²⁹ *Lindacher*, in W/L/P, AGB-Recht, § 305c Rn. 96.

³³⁰ *Baudenbacher*, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle, S. 17 (42).

³³¹ *B. Berger*, Rn. 951.

³³² BGE 77 II 154 E. 4; *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262 (265); *Schmid*, in *Gauch/Schluep/Schmid*, OR AT Rn. 1140; s. zum Erscheinungsbild der AGB *Kramer/Schmidlin*, BK OR, Art. 1 Rn. 207.

³³³ BGE a.a.O.; *Merz*, S. 137; *Müller/Otto*, S. 156 f.

*Hinblick auf den gegenständlichen Vertragsschluss von der Geltung der AGB auszugehen sei*³³⁴.

Drittens muss der Vertragspartner den AGB ausdrücklich oder konkludent zustimmen.³³⁵ Welche Wirkung diese Zustimmung rechtsgeschäftlich entfaltet, bestimmt sich maßgeblich nach dem sog. Vertrauensprinzip. Demgemäß sind „Eintritt und Inhalt einer rechtsgeschäftlichen Wirkung [...] danach zu bestimmen, wie eine Partei, der Empfänger, einen wirklichen oder vermeintlichen Erklärungsvorgang nach den Umständen auffassen durfte und musste“³³⁶. Ausgehend hiervon muss sich derjenige, der eine Urkunde ungelesen unterzeichnet, an ihren Inhalt binden lassen, wenn seine Zustimmung nach außen hin umfassend erscheint³³⁷. Daher werden regelmäßig alle Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsbestandteil, auch wenn der Vertragspartner sie nicht oder nicht vollumfänglich gelesen hat (sog. Globalakzept oder Globalübernahme³³⁸). Der AGB-Verwender darf auf die umfassende Zustimmung grundsätzlich vertrauen, auch wenn ihm bewusst ist, dass der Vertragspartner die Bedingungen nicht oder nicht vollumfänglich zur Kenntnis genommen hat. Individualabreden gehen Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, sodass der Vertrag dann nur mit dem individuell vereinbarten Inhalt zustande kommt³³⁹.

2. Ungewöhnlichkeitsregel

Der Grundsatz der Globalübernahme wird durch das ihm zugrunde liegende Vertrauensprinzip eingeschränkt. Wie der Verwender den „Erklärungsvorgang nach den Umständen auffassen durfte und musste“ (s. o.), bestimmt sich auch danach, wer ihm als Vertragspartner gegenüber steht. Ein erkennbar schwächerer oder unerfahrener Vertragspartner rechne regelmäßig nicht mit ungewöhnlichen Klauseln, so die gefestigte Rechtsprechung des schweizerischen

³³⁴ *Kramer/Schmidlin*, BK OR, Art. 1 Rn. 198.

³³⁵ Vgl. zum Ganzen *B. Berger*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 951, *Kramer/Schmidlin* a.a.O., Rn. 187ff.; *Wittibschlager*, Rn. 437.

³³⁶ *Bauer*, S. 38/39, m.w.N.

³³⁷ BGE 108 II 416 E 1b; *Merz*, S. 137 (148;) vgl. *Müller/Otto*, S. 160.

³³⁸ *Bauer*, S. 36; *B. Berger*, Rn. 951 a.E.; *Schmid*, in *Gauch/Schluemp/Schmid*, OR AT Rn. 1130; *Kramer/Schmidlin*, BK OR, Art. 1 Rn. 190; *Lörtscher*, S. 112; *Wittibschlager*, Rn. 437.

³³⁹ Vgl. BGE 109 II 24 E. 4; *Schmid* a.a.O., Rn. 1139 m.w.N.; *Kramer/Schmidlin*, BK OR, Art. 1 Rn. 210; *Lörtscher*, S. 111.

Bundesgerichts; daher seien solche ungewöhnlichen Klauseln von der Globalübernahme ausgenommen, auf deren Existenz die schwächere oder unerfahrenere Partei nicht gesondert hingewiesen wurde (Ungewöhnlichkeitsregel)³⁴⁰. Diese Klauseln werden nicht in den Vertrag mit einbezogen. Ob eine Klausel „ungewöhnlich“ ist, wird allerdings anhand inhaltlicher Kriterien bewertet. Daher wird die Ungewöhnlichkeitsregel von Stimmen aus der Literatur als „verdeckte Inhaltskontrolle“ kritisiert³⁴¹. Da diese Arbeit nach funktionalen Aspekten gegliedert ist, wird die Ungewöhnlichkeitsregel im Rahmen der Inhaltskontrolle besprochen, s.u. S. 116ff.

III. England

1. Allgemeine Einbeziehungsvoraussetzungen

AGB werden in England nach Maßgabe des *common law* in den Vertrag einbezogen. Dabei gibt es grundsätzlich keine Sonderregeln für AGB. Die Partei, die einen Vertrag unterschreibt, ist an dessen Inhalt gebunden (Einbeziehung durch Unterschrift)³⁴². Das „objective principle of consent“ präzisiert diesen Grundsatz dahingehend, dass eine Bindung nur dann zustande kommt, wenn der Anbietende (hier der AGB-Verwender) glaubte und vernünftigerweise glauben durfte, dass die Gegenseite seinen Vertragsbedingungen zustimmt³⁴³. Deshalb gilt für AGB: Stehen diese nicht auf dem unterschriebenen Vertragsdokument, muss der Verwender vor oder bei Vertragsschluss den Umständen angemessen darauf hinweisen (give „reasonably sufficient notice“), dass der Vertrag unter Geltung seiner AGB zustande kommen soll³⁴⁴. Dafür dürfte es im unternehmerischen Geschäftsverkehr beispielsweise ausreichen, wenn die AGB dem Vertragsangebot beigelegt werden³⁴⁵. Die AGB müssen aber - jedenfalls im

³⁴⁰ Grundlegend: BGE 109 II 452 (sog. Hühnerstall-Fall).

³⁴¹ *Baudenbacher*, ZBJV 1987, 505, 517; *Bauer*, S. 54ff.; *Brunner*, ZSR 1999, 303, 328; *Koller*, AJP 2008, 943ff.

³⁴² *Guest*, in *Chitty on Contracts*, Vol. I, Rn. 12-008; *Benjamin's Sale of Goods*, Rn. 13-013; *Bodenheimer*, S. 125; *Thieme/Mitscherlich*, AWD 1974, 173 (175) („*caveat subscriptor*“).

³⁴³ *Bradgate*, Mod. L. Rev. 60 (1997), 582 (591).

³⁴⁴ *Guest*, in *Chitty on Contracts*, Vol. I, Rn. 12-010, 12-013ff.; *Jack*, S. 27; *Jewell*, Rn. 118; *Bodenheimer*, S. 126; *Thieme/Mitscherlich*, AWD 1974, 173 (177).

³⁴⁵ *Thieme/Mitscherlich* a.a.O., S. 178.

unternehmerischen Geschäftsverkehr - weder vom Vertragspartner gelesen werden noch in den Vertragsunterlagen enthalten sein; es reicht aus, wenn auf sie Bezug genommen wird³⁴⁶. Auch das englische Recht kennt die Möglichkeit der erleichterten Einbeziehung von AGB bei laufender Geschäftsbeziehung. Die AGB können durch einen „course of dealing“ einbezogen sein, wenn sie bei vorhergehenden Geschäften der Parteien stets benutzt worden sind und beide Parteien bei der Gegenseite den Eindruck erweckt haben, ihre Rechte und Pflichten sollen durch diese AGB festgehalten werden³⁴⁷. Ein „course of dealing“ setzt eine gewisse Länge und Häufigkeit der Geschäftsbeziehung³⁴⁸ und der Form nach gleichartige Geschäfte voraus³⁴⁹.

Ähnliches gilt bei AGB, die in einer bestimmten Branche üblich sind („usual trade conditions“). Wenn beide Parteien der Branche angehören und sich dessen bewusst sind, dass üblicherweise AGB dieser Art Vertragsbestandteil sind, werden die AGB auch in diesen Vertrag einbezogen, selbst wenn auf sie nicht ausdrücklich Bezug genommen wird³⁵⁰.

Eine nachträgliche Einbeziehung von AGB, z.B. durch ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, ist im englischen Recht nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Denn auf eine Vertragsänderung („variation“) finden die gleichen Regeln Anwendung wie auf den Vertragsschluss, darunter auch das Erfordernis einer „consideration“³⁵¹. Die „consideration“ ist ein Gegenleistungsversprechen, das der Empfänger eines Leistungsversprechens geben muss, damit der Vertrag wirksam wird³⁵². Der Vertragspartner, der seine AGB nachträglich zum Vertragsbestandteil machen (und damit den Vertrag ändern) möchte, müsste also im Gegenzug eine „consideration“ abgeben, d.h.

³⁴⁶ Vgl. *Guest*, in *Chitty on Contracts*, Vol. I, Rn. 12-013: „If he knew that the writing or printing contained or **referred** to conditions, he is bound“ (Hervorhebung hinzugefügt); *Whincup*, Rn. 7.5.

³⁴⁷ *Guest* a.a.O., Rn. 12-011: “[T]hey may be incorporated by a ‘course of dealing’ between the parties where each party has led the other reasonably to believe that he intended that their rights and liabilities should be ascertained by reference to the terms of a document which had been consistently used by them in previous transactions”.

³⁴⁸ *Benjamin's Sale of Goods*, Rn. 13-014.

³⁴⁹ *Thieme/Mitscherlich*, AWD 1974, 173 (179).

³⁵⁰ *Guest*, in *Chitty on Contracts*, Vol. I, Rn. 12-012: “Conditions usual in a particular trade may likewise be incorporated where both parties are in the trade and are aware that conditions are habitually imposed and of the substance of those conditions, even if they are not referred to at the time of contracting”; *Benjamin's Sale of Goods*, Rn. 13-015, *Whincup*, Rn. 7.5.

³⁵¹ *Thieme/Mitscherlich*, AWD 1974, 173 (179).

³⁵² v. *Bernstorff*, Einführung, S. 48.

Gegenleistungen versprechen. Ob es ausreichte, wenn die AGB selber dem anderen Teil Rechte einräumen, ist unklar³⁵³. Jedenfalls dürfte es ein Hemmnis für den schnellen und effizienten Handelsverkehr darstellen, dass entweder die AGB angepasst oder sogar neue Verhandlungen mit dem Vertragspartner angestrebt werden müssten, damit eine „consideration“ von den Gerichten bejaht würde³⁵⁴.

2. Die „red hand rule“

Die „red hand rule“ findet auf Verträge Anwendung, bei denen die AGB durch Hinweis einbezogen werden sollen. Sie besagt, dass besonders benachteiligende oder ungewöhnliche Klauseln („particularly onerous or unusual terms“) nur dann einbezogen werden, wenn der Verwender darauf besonders hingewiesen und den Anderen damit in angemessener Weise auf sie aufmerksam gemacht hat („brought fairly and reasonably to the other’s attention“)³⁵⁵. Nur diese spezielle Klausel, nicht aber die gesamten AGB, wird von der Einbeziehung ausgenommen. Die „red hand rule“ wird auch „special notice test“ genannt³⁵⁶. Sie soll im Folgenden näher erläutert werden.

a) Besonders benachteiligende oder ungewöhnliche Klauseln

Eine Klausel kann aufgrund ihres Regelungsgegenstandes und/oder ihres Ausmaßes besonders benachteiligend oder ungewöhnlich sein.

Im Fall *Thornton v Shoe Lane Parking Ltd*³⁵⁷ ging es um einen Parkhausnutzungsvertrag. Der Kunde erhielt bei Einfahrt in das Parkhaus automatisch ein Ticket, auf dem stand, dass der Vertrag gemäß den aushängenden Bedingungen zustande komme. Diese Bedingungen hingen auf einer Säule gegenüber dem Automaten und waren im Kassenbüro einsehbar. Eine der AGB-Klauseln schloss die Haftung für Personenschäden im Parkhaus aus. Der Court of Appeal urteilte, dass diese (spezielle) Klausel nicht

³⁵³ *Thieme/Mitscherlich*, AWD 1974, 173 (180).

³⁵⁴ Daher findet *Landbrecht*, RIW 2011, 291 (291), das deutsche Recht sei dem englischen bei Vertragsänderungen in Sachen Flexibilität überlegen.

³⁵⁵ *Thornton v Shoe Lane Parking Ltd* [1971] 2 QB 163; *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433; s.a. *Guest*, in *Chitty on Contracts*, Vol. I, Rn. 12-015 m. w. N.; *Bradgate*, Mod. L. Rev. 60 (1997), 582 (586ff.).

³⁵⁶ Vgl. z.B. *Bradgate* a.a.O., S. 586.

³⁵⁷ [1971] 2 QB 163.

Vertragsbestandteil geworden war. Bei üblichen Klauselinhalten reiche es aus, dass der Verwender den Vertragspartner angemessen davon in Kenntnis setze, überhaupt AGB in den Vertrag einbeziehen zu wollen. Doch jedenfalls, wenn die fragliche Klausel eine (Art von) Einschränkung enthalte, die in diesem Vertragstyp ungewöhnlich sei, müsse der Verwender seine Absicht, eine Klausel dieser speziellen Sorte im Vertrag zu verwenden, angemessen kenntlich machen. („*But at least where the particular condition relied on involves a sort of restriction that is not shown to be usual in that class of contract, a defendant must show that his intention to attach an unusual condition of that particular nature was fairly brought to the notice of the other party*”)³⁵⁸. Entscheidend war also, dass der Gegenstand der fraglichen Klausel dem Parkhausnutzungsvertrag fremd war und der Parkhausbetreiber nicht hinreichend deutlich auf sie aufmerksam gemacht hatte. Hinzu kam, dass die Klausel so weit gefasst und so rechtsvernichtend sei, dass das Gericht niemanden an sie binden sollte, es sei denn, er wäre so deutlich wie möglich auf sie aufmerksam gemacht worden („*it is so wide and so destructive of rights that the court should not hold any man bound by it unless it is drawn to his attention in the most explicit way*”)³⁵⁹. Zu den Anforderungen an einen deutlichen Hinweis s. u. S. 79.

Nur das Ausmaß der strittigen Klausel betraf der Fall *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd*³⁶⁰. Die *Interfoto Ltd.* hatte der *Stiletto Ltd.* 47 Fotonegative für 14 Tage überlassen. Die Lieferung der Negative enthielt einen Lieferschein mit vorformulierten Vertragsbedingungen, die u. a. vorsahen, dass bei verspäteter Rückgabe eine Gebühr in Höhe von £5 pro Negativ und Tag erhoben würde. Eine Verspätungsgebühr an sich, so hatte die Vorinstanz festgestellt, war in der Branche üblich³⁶¹. Der Vergleich mit zehn anderen Anbietern hatte jedoch gezeigt, dass diese deutlich geringere Gebühren nahmen, nämlich fast alle weniger als £3,50 pro Negativ und *Woche*³⁶². Die Klausel wurde wegen ihres deutlich aus diesem Rahmen fallenden Ausmaßes als besonders

³⁵⁸ [1971] 2 QB 163, 172 (Hervorhebung im Original).

³⁵⁹ A.a.O. S. 170.

³⁶⁰ [1989] QB 433.

³⁶¹ A.a.O. S. 436.

³⁶² Ebda (Hervorhebung hinzugefügt).

benachteiligend eingestuft³⁶³. Da die *Interfoto* nicht gesondert auf sie aufmerksam gemacht hatte, wurde sie nicht als Vertragsbestandteil anerkannt.

b) Gesonderter, angemessener Hinweis

Auf besonders benachteiligende oder ungewöhnliche Klauseln muss der Verwender angemessen („fairly and reasonably“) hinweisen. Ob ein Hinweis angemessen ist, entscheidet sich nach den Umständen des Falles³⁶⁴. Die Klausel muss hervorgehoben werden³⁶⁵, z.B. indem sie oder ein zusätzlicher Hinweis auf sie fett gedruckt wird³⁶⁶. Je unangemessener eine Klausel ist, desto deutlicher muss sie zur Kenntnis gebracht werden; manche Klauseln : „...*the more unreasonable a clause is, the greater the notice which must be given of it. Some clauses which I have seen would need to be printed in red ink on the face of the document with a red hand pointing to it before the notice could be held to be sufficient*“³⁶⁷. Diese berühmte Formulierung des Richters *Denning* führte zur Bezeichnung „red hand rule“³⁶⁸.

Soweit ersichtlich, ist bisher noch nie ein Fall entschieden worden, in dem ein AGB-Verwender (überhaupt) einen gesonderten Hinweis benutzt hat. Aus Sicht der Verwender lässt sich dies damit erklären, dass ein gesonderter Hinweis die Klausel gleichsam als benachteiligend disqualifiziert und der Verwender sich nicht mehr auf seine diesbezügliche Unwissenheit berufen kann. Bis auf die oben zitierten Beschreibungen bleibt also offen, wann ein Hinweis im konkreten Fall ausreichend wäre.

IV. Vergleich

Die Regeln, die darüber entscheiden, ob eine AGB-Klausel Vertragsbestandteil wird, enthalten meist verschiedene Gesichtspunkte, die sich grob in zwei Kategorien einteilen lassen. Zum einen gibt es Gesichtspunkte, die das Informationsgefälle zwischen den Parteien betreffen. Es wird beurteilt oder vorgeschrieben, wie Informationen dargeboten werden sollen und verarbeitet

³⁶³ [1989] QB 433, 438.

³⁶⁴ *Guest*, in *Chitty on Contracts*, Vol. I, Rn. 12-014.

³⁶⁵ *Holland/Chandler*, L.Q.R. 1988, 359 (361).

³⁶⁶ *Jack*, S. 181.

³⁶⁷ *J. Spurling Ltd v Bradshaw* [1956] 1 WLR 461.

³⁶⁸ Vgl. *MacDonald*, C.L.J. 58 (1999), 413 (423).

werden. Hierunter fallen z. B. Hinweisobliegenheiten. Zum anderen finden sich Gesichtspunkte, die die Risikoverteilung zwischen den Parteien betreffen, also inhaltliche Aspekte, z. B. inwieweit sich die Klausel vom gesetzlichen Leitbild entfernt. Die Einbeziehungskontrolle bildet zwischen ihnen einen Grenzbereich. Wurde in einem ersten Schritt festgestellt, dass AGB vorliegen, kann eigentlich davon ausgegangen werden, dass es sich für den AGB-Adressaten nicht lohnt, die AGB zur Kenntnis zu nehmen (er also prohibitiv hohe Informationskosten hat). Konsequenterweise ist es deshalb, den zweiten Schritt der Einbeziehung als geringe Hürde zu gestalten, solange in einem dritten Schritt eine Inhaltskontrolle vorgenommen wird. So wird dem Rationalisierungsbedarf des Wirtschaftsverkehrs Rechnung getragen.

Aus ökonomischer Sicht ist es zwar sinnvoll, wenn die Einbeziehungskontrolle die Transparenz der AGB fördert, aber nur bis zu der Grenze, an der die Kosten dafür den Rationalisierungseffekt der AGB-Nutzung torpedieren. Das heißt, dass z.B. Gebote an den Verwender, auf bestimmte Klauseln gesondert hinzuweisen, nur sinnvoll sind, solange sie sich im Rahmen halten und die Vertragsparteien gegenüber einem Vertragsschluss ohne AGB immer noch Zeit und damit Kosten sparen.

1. Erleichterte Einbeziehung bei laufender Geschäftsbeziehung

Die untersuchten Rechtsordnungen erleichtern die Einbeziehung von AGB dort, wo ein Routine-Effekt im unternehmerischen Geschäftsverkehr zu erwarten ist bzw. erschweren sie dort, wo er nicht zu erwarten ist. So gehören AGB nach allen drei Rechtsordnungen unter erleichterten Voraussetzungen zum Vertrag, wenn die Parteien bereits in laufender Geschäftsbeziehung zueinander standen. Richtigerweise wird dabei darauf abgestellt, ob auch der fragliche Vertrag seiner Art nach zur bisherigen Geschäftsbeziehung passt. Nur dann kann ein Routine-Effekt eintreten. Gleiches gilt für AGB, deren Verwendung branchenüblich ist, solange der Geschäftspartner ebenfalls branchenkundig ist.

Durch diese erleichterte Einbeziehung wird der Rationalisierungseffekt von AGB begünstigt.

2. Routine-Effekt und Branchenangehörigkeit

Wie oben dargestellt, führen wiederkehrende Geschäfte dazu, dass der Unternehmer rechtliche Erfahrung entwickelt. Das hat zur Folge, dass seine Informationskosten für jeden neuen Vertrag sinken. Das ist besonders dann zu erwarten, wenn der Unternehmer einer bestimmten Branche angehört, in der er oft gleichartige Verträge abschließt. Daher ist die Branchenangehörigkeit des Unternehmers ein Indiz dafür, dass er geringe Informationskosten hat. Die Wahrscheinlichkeit, dass diese Kosten niedriger sind als der zu erwartende Nutzen aus dem Vertrag (und es sich daher lohnt, die AGB vollumfänglich zu lesen und zu prüfen), ist höher als bei unerfahrenen Vertragspartnern.

Im deutschen Recht wird dies dadurch berücksichtigt, dass eine konkludente Einbeziehung branchenüblicher AGB nur gegenüber branchenkundigen Vertragspartnern möglich ist (s.o. S. 69f). Des Weiteren wird bei der Frage, ob eine Klausel ein „Überraschungsmoment“ enthält, auch darauf abgestellt, welche Erwartungen der Vertragspartner haben durfte. Auch hier kann seine Branchenangehörigkeit eine Rolle spielen. Im schweizerischen Recht genießen unerfahrene Vertragspartner Schutz durch die Ungewöhnlichkeitsregel, die oben kurz vorgestellt wurde und unten im Rahmen der Inhaltskontrolle näher beleuchtet wird. Im englischen Recht gilt schließlich die erleichterte Einbeziehung von AGB nur gegenüber branchenkundigen Vertragspartnern (s.o. S. 75).

Damit setzen die Rechtsordnungen die oben aufgestellte Wahrscheinlichkeitsregel um, dass ein branchenangehöriger Vertragspartner sich mit geringem Aufwand über den Vertragsinhalt informieren kann. Wenn und soweit deshalb davon auszugehen ist, dass die Vertragsparteien bei Vertragsschluss gleichermaßen informiert waren, müsste aus ökonomischer Perspektive eine Inhaltskontrolle eigentlich nicht mehr stattfinden. Ein Eingriff in den Vertragsinhalt ist erst geboten, wenn ein Informationsungleichgewicht vorliegt, s.o. S. 8f. So „funktioniert“ beispielsweise die schweizerische Ungewöhnlichkeitsregel: Nur im Geschäftsverkehr mit unerfahrenen Kunden wird die fragliche Klausel von den Richtern inhaltlich bewertet. Allerdings ist zu beachten, dass die Tatsache, dass der Vertragspartner derselben Branche

angehört, nur ein Indiz dafür ist, dass seine Informationskosten geringer sind als der Nutzen, den der Vertrag für ihn brächte. Daher ist es zu begrüßen, dass in allen Rechtsordnungen weitere Gesichtspunkte hinzukommen, die über das „Ob“ einer Inhaltskontrolle entscheiden.

3. Übersichtlichkeitsgebote

Um die Informationsasymmetrie zwischen den Parteien abzuschwächen, sollte der AGB-Verwender dazu angehalten sein, seine Bedingungen klar zu strukturieren und inhaltlich zusammenhängende Klauseln in textlichen Zusammenhang zu stellen. Für den Verwender fallen bei der erstmaligen Erstellung der AGB ohnehin Kosten an, die durch das Gebot einer klaren Struktur etc. nicht nennenswert erhöht werden. Gleichzeitig gilt: Je übersichtlicher die AGB sind, desto weniger Zeit und Aufwand kostet es die Gegenseite, sie zur Kenntnis zu nehmen. Dieser Aspekt klingt in den untersuchten Rechtsordnungen unterschiedlich deutlich an.

Im deutschen Recht gilt eine Klausel als ungewöhnlich im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB, wenn sie nach Gliederung und Systematik der AGB nicht an der Stelle zu erwarten ist, an der sie steht. Im schweizerischen Recht ist dieser Aspekt nicht ganz so deutlich zu finden. Möglicherweise würde aber eine Klausel, deren Inhalt nicht zum Kontext passt, als geschäftsfremd im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel bewertet. Im englischen Recht gilt Ähnliches. Hier gibt es im geltenden Recht zwischen Unternehmern ebenfalls kein Übersichtlichkeitsgebot³⁶⁹. Allerdings wurde im Fall *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.* bereits darauf abgestellt, dass die Art der Klausel im Verhältnis zum Vertragstyp ungewöhnlich sei (s.o. S. 77f). Es wurde also analysiert, wie sich der konkrete Regelungsgegenstand der Klausel zum Vertrag als Ganzen verhielt. Diese Betrachtung könnte man übertragen auf die Ebene des konkreten Regelungsgegenstands der Klausel im Verhältnis zu den umstehenden Klauseln. Das heißt, man könnte prüfen, ob der Regelungsgegenstand der Klausel inhaltlich aus der Reihe fällt im Vergleich zu den umstehenden Klauseln. Diese Auslegung des Begriffs „particularly unusual term“ wäre rechtsökonomisch sinnvoll, da sie

³⁶⁹ Der UTC-Report sieht dagegen vor, dass auch im B2B-Verkehr die Angemessenheit bestimmter Klauseln unter anderem an ihrer Übersichtlichkeit gemessen werden soll, s.u. S. 141f.

den AGB-Verwender zu einem systematisch-logischen Aufbau seiner Bedingungen anhielte.

4. Hinweisobliegenheiten

Ein weiterer Anreiz, die Informationsasymmetrie zu überwinden, liegt schließlich in Hinweisobliegenheiten. In allen untersuchten Rechtsordnungen wird ein deutlicher Hinweis auf besonders ungewöhnliche und/oder benachteiligende Klauseln gefordert. Damit wird die Rationalisierungsmaxime durchbrochen, um die Informationen der Parteien anzugleichen.

Es wird ein Anreiz gesetzt, Informationen transparent zu machen (und so mittelbar effiziente Einigungen zu fördern). Durch einen expliziten Hinweis auf eine bestimmte Klausel wird der Kunde für deren Risikopotenzial sensibilisiert. Er wird sich daher in der Regel die Mühe machen, sie aufmerksam zu lesen. Der Hinweis erspart ihm Suchkosten und mindert so seine Informationskosten.

Hier kommt das Spannungsfeld zwischen Rationalisierung und vollständiger Information zum Tragen. Wie oben angesprochen, können zu viele Informationspflichten den Rationalisierungseffekt der AGB-Nutzung zunichtemachen, da sie beim Verwender Kosten verursachen. Bei Hinweisen nur auf ungewöhnliche Klauseln bei ansonsten erleichterter Einbeziehung wird das Spannungsfeld aber ökonomisch sinnvoll aufgelöst: Den Verwender kostet es regelmäßig weniger, eine besonders ungewöhnliche Klausel deutlich hervorzuheben, als es den Kunden kostete, den ganzen Vertrag aufmerksam zu lesen.

Die Grenze liegt dort, wo die Informationskosten den Vertragswert übersteigen: Beim rational nicht informierten Vertragspartner.

Hier ist für die Einbeziehungskontrolle der Vorschlag *Lindachers* zu nennen, wonach der Adressat eine Klausel in bestimmten Fällen zur Kenntnis nehmen muss, nämlich bei Großaufträgen und bei solchen Geschäften, die Glied einer Kette gleichartiger Geschäfte zwischen den Vertragsparteien sind (vorausgesetzt, die AGB sind dem Kunden überlassen worden, sinnvoll gegliedert und die Klausel

ist darin systemgerecht platziert)³⁷⁰. Dieser Vorschlag stellt einen Zusammenhang her zwischen den Informationskosten des Adressaten und dem Wert des Vertrages und ist deshalb rechtsökonomisch sinnvoll. Er reiht sich ein in die Überlegungen zu einer festen Wertgrenze, die oben im Rahmen des AGB-Begriffs beschrieben wurden. Auf welcher Prüfungsebene man diese Wertgrenze verankern möchte, ist aus rechtsökonomischer Perspektive zunächst irrelevant: alle Vorschläge haben zur Folge, dass die betreffende(n) Klausel(n) von der Inhaltskontrolle ausgenommen sind. Genau das ist aus rechtsökonomischer Sicht entscheidend.

5. Inhaltliche Kontrolle auf Einbeziehungsebene

Auf der Einbeziehungsebene werden teilweise auch inhaltliche Fragen behandelt. Das Schema gleicht sich dabei: Ist eine Klausel inhaltlich überraschend oder ungewöhnlich, wird für die Einbeziehung ein gesonderter Hinweis auf sie gefordert. Dogmatisch wird dies damit begründet, dass die Klauseln sonst nicht von der rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien erfasst sein können.

In Deutschland werden überraschende Klauseln nach § 305c Abs. 1 BGB nicht Bestandteil des Vertrages. Ungewöhnlich und damit regelmäßig überraschend sind sie auch dann, wenn sie deutlich von der Risikoverteilung abweichen, die das dispositive Recht vorgesehen hätte – ein inhaltlicher Aspekt. Im schweizerischen Recht werden objektiv ungewöhnliche Klauseln ohne gesonderten Hinweis nicht Vertragsbestandteil. Das BG beurteilt eine Klausel als „objektiv ungewöhnlich“, wenn sie geschäftsfremd ist, d.h. zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Maße aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt³⁷¹. Das bedeutet, dass das BG hier die vertragliche Risikoverteilung analysiert und mit dem „Vertragscharakter“ bzw. der gesetzlichen Regelung des entsprechenden Vertrags vergleicht. Schließlich gilt im englischen Recht nach der „red hand rule“, dass auf besonders benachteiligende oder ungewöhnliche Klauseln gesondert hingewiesen muss, damit sie Vertragsbestandteil werden.

³⁷⁰ Lindacher, in W/L/P, AGB-Recht, § 305c Rn. 96.

³⁷¹ BGE 109 II 452 E. 5b; s. näher zur Ungewöhnlichkeitsregel S. 113ff.

Ob damit im Einzelnen effiziente Vertragsgestaltungen erreicht werden, soll später bei der Inhaltskontrolle der einzelnen Klauseln untersucht werden.

Dass eine inhaltliche Kontrolle bereits auf der Einbeziehungsebene erfolgt, ist aus rechtsökonomischer Sicht allerdings noch in anderer Hinsicht wichtig, nämlich hinsichtlich der Rechtsfolge. Wird eine Klausel aus inhaltlichen Gründen schon nicht Vertragsbestandteil, ist es nicht möglich, sie auszulegen oder gerichtlich auf das noch zulässige inhaltliche Maß zu beschneiden (geltungserhaltende Reduktion). Dies kann jedoch rechtsökonomisch sinnvoll sein, s.u. S. 167f.

E. Auslegung

I. Deutschland

1. Auslegungsgrundsätze

Allgemeine Geschäftsbedingungen werden im deutschen Recht anders als Individualvereinbarungen objektiv ausgelegt. Das bedeutet, dass die Umstände des Einzelfalles und die individuellen Vorstellungen der Vertragsparteien nicht bei der Auslegung berücksichtigt werden³⁷². Vielmehr sind die AGB „ausgehend von den Interessen, Vorstellungen und Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden“³⁷³. Das bedeutet für den unternehmerischen Geschäftsverkehr, dass die „typischerweise gesteigerten Erfahrungen und Verständnismöglichkeiten“ der Beteiligten berücksichtigt werden³⁷⁴.

2. Unklarheitenregel

Nach § 305c Abs. 2 BGB gehen Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders. Diese Auslegungsregel kommt (erst) dann zum Tragen, wenn „nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden

³⁷² BGHZ 7, 365 (368); 22, 109 (113); *Basedow*, in MüKo BGB § 305c Rn. 22ff; *Stoffels*, Rn. 360.

³⁷³ St. Rspr.; BGHZ 77, 116 (118) = NJW 1980, 1947; BGHZ 102, 384 (389f.) = NJW 1988, 1261; BGH NJW 2007, 504 (505); 2008, 2495 (2496); 2011, 2122 (2123).

³⁷⁴ *H. Schmidt*, in U/B/H, AGB-Recht, § 305c Rn. 104.

Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel bleibt und mindestens zwei Auslegungsmöglichkeiten rechtlich vertretbar sind“³⁷⁵. Diese Subsidiarität der Unklarheitenregel³⁷⁶ wird von den Gerichten durchaus ernst genommen, was folgender Fall verdeutlichen soll³⁷⁷:

Ein Hersteller von Wellpappe hatte bei einem Maschinenbauunternehmen eine Kartonmaschine gekauft. Versehentlich hatte die Verkäuferin vier von insgesamt 40 Rollenlagern ohne Schmierfett geliefert und montiert. Dadurch kam es zum Brand der Papierbahnen und einem damit verbundenen Betriebsausfallschaden. Streitentscheidend war die Frage, ob eine in den AGB des Verkäufers enthaltene Freizeichnung von der Verpflichtung zur Schadensersatzleistung auch Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung erfasste. Die Klausel schloss „alle Ansprüche des Bestellers, insbesondere Ersatz von Schäden irgendwelcher Art“ aus und bezog sich im darauffolgenden Satz unter anderem auf vertragliche Nebenverpflichtungen. Der erkennende Senat des BGH führte zunächst aus, dass Haftungsfreizeichnungen grundsätzlich zulässig seien. Es sei ein verständliches und legitimes Anliegen des Verkäufers, Schadensersatzansprüche wegen Lieferung einer mangelhaften Sache auszuschließen, die oft außer jedem Verhältnis zum Sachwert stehen und nicht voraussehbar seien³⁷⁸. Auf der anderen Seite erfordere es das schutzwürdige Interesse des Vertragspartners, dass diese Risikoverlagerung ihm eindeutig und an der systematisch maßgeblichen Stelle vor Augen geführt werde. Damit legt der BGH die Basis für die folgende objektive Auslegung der Klausel. Er führt aus, dem Verwender könne nicht zugemutet werden, die fraglichen Ansprüche als „Ansprüche aus unerlaubter Handlung“ zu bezeichnen, da diesem Begriff ein Unwerturteil anhafte³⁷⁹. Denkbar wäre dagegen die Formulierung „aus außervertraglicher Haftung“. Zwar sei dies in der fraglichen Klausel nicht ausdrücklich so formuliert, jedoch könne angesichts ihrer systematischen Stellung im Abschnitt „Haftung“ und in der Zusammenschau mit anderen dort genannten Freizeichnungsklauseln

³⁷⁵ *Stoffels*, Rn. 370 m.w.N.

³⁷⁶ *Lindacher* in *W/L/P*, AGB-Recht, § 305c Rn. 124, 129; *Raiser*, AGB, S.262;.

³⁷⁷ BGH NJW 1979, 2148; die Unklarheitenregel war zu diesem Zeitpunkt im wortgleichen § 5 ABGB geregelt.

³⁷⁸ BGH NJW 1979, 2148 (2148).

³⁷⁹ BGH a.a.O., S. 2149.

„einem Kaufmann kein Zweifel darüber kommen, daß die Bekl. *jegliche* Schadensersatzpflicht [...], und damit auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung [...] erfassen wollte“³⁸⁰. Der BGH hat die Klausel also dahingehend ausgelegt, dass sie Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung erfassen sollte, und sie vollumfänglich aufrecht erhalten. Dieses Ergebnis ist angesichts des Wortlauts von § 305c Abs. 2 BGB nur verständlich, wenn man die Unklarheitenregel als streng subsidiär betrachtet.

II. Schweiz

1. Auslegungsgrundsätze

Nach der Rechtsprechung des BG ist „[d]ie Auslegung vorgeformter Bestimmungen [...] nach den gleichen Grundsätzen vorzunehmen, wie die Auslegung anderer Vertragsbestimmungen [...]. Kann der wirkliche Parteiwille nicht ergründet werden, ist auf den mutmasslichen Willen abzustellen. Letzterer ist nach dem Vertrauensgrundsatz aufgrund aller Umstände des Vertragsschlusses zu ermitteln“³⁸¹. Anders als im deutschen AGB-Recht werden im schweizerischen Recht bei der Auslegung also die konkreten Umstände des Vertragsschlusses herangezogen³⁸², sodass sie je nachdem eine andere Bedeutung haben können³⁸³.

„Primäres Willensindiz“ für die Auslegung ist der Wortlaut. Allerdings soll die fragliche Klausel nicht isoliert betrachtet, sondern anhand des Vertrages in seiner Gesamtheit ausgelegt werden³⁸⁴. Maßgeblich ist im Zweifel der allgemeine Sprachgebrauch, nur ausnahmsweise der fachliche oder technische Sprachgebrauch³⁸⁵. Gehen die Vertragsparteien ausnahmsweise übereinstimmend von einer Interpretation aus, die mit dem Wortlaut nicht mehr vereinbar ist, sei „für eine einheitliche und bruchlose vertrauenstheoretische Interpretation der AGB“ dieses gemeinsame Verständnis maßgebend³⁸⁶.

³⁸⁰ BGH NJW 1979, 2148 (2149), Hervorhebung im Original.

³⁸¹ BGE 117 II 609 E. 6c, m. Verweis auf BGE 113 II 51; 107 II 418 und 476.

³⁸² *Kramer/Schmidlin*, BK OR, Art. 1 Rn. 218; *Lörtscher*, S. 108.

³⁸³ *Lörtscher*, S. 109.

³⁸⁴ Vgl. BGE 117 II 609 E. 6c bb.

³⁸⁵ *Baudenbacher*, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle, S. 17 (41).

³⁸⁶ *Kramer/Schmidlin*, BK OR, Art. 1 Rn. 219.

2. Unklarheitenregel

Führt die Auslegung einer AGB-Klausel zu keinem eindeutigen Ergebnis, so ist nach ständiger Rechtsprechung des BG die für den Verwender ungünstigere Auslegung maßgeblich (sog. Unklarheits- oder Unklarheitenregel)³⁸⁷. Daraus folgt, dass Rechtsbeschränkungen der Verwendergegenseite stets eng ausgelegt werden (Restriktionsgrundsatz)³⁸⁸.

Die Unklarheitenregel wird unabhängig davon angewandt, wer am Vertrag beteiligt ist.

Bereits 1973 hatte das BG einen Fall aus dem unternehmerischen Geschäftsverkehr zu beurteilen, in dem die Unklarheitenregel über die Anwendbarkeit einer Haftungsausschlussklausel einer Versicherung entschied³⁸⁹. Der klagende Juwelier, ein Großhändler für Edelsteine, war überfallen worden und forderte von seiner Diebstahlversicherung Ersatz des entstandenen Schadens. Einer der Streitpunkte war die Klausel des Versicherungsvertrags, nach welcher der Versicherer für solchen Schaden nicht haftet, der daraus entsteht, dass die „vom Versicherungsnehmer im Antragsformular beschriebenen Sicherheitsvorkehrungen ohne Zustimmung des Versicherers aufgehoben oder abgeändert werden“. Der versicherte Juwelier hatte im Antragsformular über die Mindestzahl der während der Geschäftszeit in den Geschäftsräumen anwesenden Betriebsangehörigen Auskunft gegeben. Während des Überfalls waren allerdings weniger Mitarbeiter im Geschäft gewesen als die angegebene Mindestzahl. Den Haftungsausschluss an sich hielt das BG für wirksam³⁹⁰. Allerdings verneinte es, dass die Angabe des Juweliers eine „Sicherheitsvorkehrung“ im Sinne der haftungsausschließenden Vertragsbestimmung betraf und die Haftung der Versicherung deshalb ausgeschlossen war:

„Die Zahl der Betriebsangehörigen eines Juwelengeschäfts, die während der Geschäftszeit in den Geschäftsräumen anwesend sind, kann für den Versicherer,

³⁸⁷ BGE 115 II 264 E. 5a m.w.N.; B. Berger, Rn. 962; Brunner, ZSR 1999, 303, 324; Kramer/Schmidlin, BK OR, Art. 1 Rn. 109; Schwenger, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, S. 99 (111); Wittibschlager, Rn. 437.

³⁸⁸ Baudenbacher, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle, S. 17 (40); Müller/Otto, S. 164 m.w.N.

³⁸⁹ BGE 99 II 67.

³⁹⁰ BG a.a.O. E. 3.

der den Warenvorrat u.a. gegen alle Arten des Diebstahls durch Dritte versichert, bei der Beurteilung der Gefahr eine gewisse Rolle spielen. Das erlaubt aber nicht den Schluss, dass der Versicherungsnehmer mit der Angabe dieser Zahl im Fragebogen des Versicherers eine Sicherheitsmassnahme oder -einrichtung beschreibe.“ Der Text der Police lasse nicht klar erkennen, dass die Versicherung in der Antwort auf die Frage nach den Mitarbeitern die Beschreibung einer Sicherheitsvorkehr im Sinne der erwähnten Vertragsklausel sah, zumal die Frage unter der Überschrift „Employees“ und nicht, wie andere Fragen, unter „Protections“ gestanden habe. *„Vertragsbestimmungen, die in guten Treuen verschieden aufgefasst werden können, sind nach dem Vertrauensprinzip, das sich aus Art. 2 ZGB ergibt, zu Ungunsten des Vertragspartners auszulegen, der den Vertrag verfasst hat [...]. Diese Regel (sog. Unklarheitenregel) gilt namentlich auch für die Auslegung von Versicherungsverträgen“.*³⁹¹

Infolgedessen konnte die Versicherung die Leistung nicht mit der Begründung verweigern, der Juwelier habe eine „Sicherheitsvorkehr“ aufgehoben oder verändert.

III. England

Die sehr wortlautnahe Auslegung des Vertrages durch die englischen Gerichte ist die einzige Hürde, die Haftungsklauseln in solchen Verträgen überwinden müssen, die aufgrund der Sonderregeln im Unfair Contract Terms Act 1977 von der Inhaltskontrolle ausgeschlossen sind, s.o. S. 26f.

1. Auslegungsgrundsätze

Die Vertragsauslegung erfolgt im englischen Recht nach den Regeln des Common Law³⁹². Im Grundsatz verfolgt es einen streng objektiven Auslegungsansatz: Zwar soll die gemeinsame Intention der Parteien ermittelt werden, jedoch wird dafür nur der konkrete Wortlaut des Vertrages herangezogen³⁹³. Diese materielle Regel wird ergänzt durch die prozessuale *parol evidence rule*, wonach mündliche Abreden oder außervertragliche Dokumente vor Gericht nicht als Beweis dafür

³⁹¹ BGE 99 II 67 E. 3.

³⁹² Jack, S. 95.

³⁹³ S. Guest, in Chitty on Contracts, Vol. I, Rn. 12-043; Jack, S. 13; Bodenheimer, S. 52 („plain meaning rule“); v. Bernstorff, Einführung, S. 58.

anerkannt werden, dass die Intention der Parteien vom Wortlaut des Vertrages abweicht³⁹⁴.

Beide Regeln haben jedoch Auflockerungen erfahren. Die Auslegung zielt nach einer Entscheidung des *House of Lords* darauf ab, wie eine vernünftige Person den Vertrag deuten würde, die über alle Hintergrundinformationen verfügt, die die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vernünftigerweise hätten haben müssen³⁹⁵. Dabei ist der „Hintergrund“ weit zu verstehen: er umfasst alle Umstände, die das vernünftige Verständnis des Vertragswortlauts beeinflussen haben könnten³⁹⁶. Daher werden die Umstände vor und bei Vertragsschluss als relevante „Tatsachenmatrix“ von den Gerichten in Betracht gezogen, um die Intention der Parteien zu ermitteln³⁹⁷.

2. Die Auslegung von Haftungsausschlussklauseln

Eine Klausel, die die Haftung des Verwenders für Fahrlässigkeit ausschließen soll, wird von den englischen Gerichten in drei Schritten ausgelegt, um ihre Wirksamkeit zu beurteilen³⁹⁸. Dies sei am Beispiel des Falles *Canada Steamship Lines Ltd v The King*³⁹⁹ dargestellt. Die Klägerin hatte von einer staatlichen Einrichtung ein Grundstück mit einer Lagerhalle gemietet. Der Vertrag sah unter anderem vor, dass der Mieter keine Ansprüche gegen den Vermieter wegen Beschädigungen der Lagerhalle oder der darin eingebrachten Sachen geltend machen könne⁴⁰⁰. Gleichzeitig verpflichtete sich der Vermieter, die Lagerhalle während der Mietzeit auf eigene Kosten Instand zu halten⁴⁰¹. Bei

³⁹⁴ *Guest*, in Chitty on Contracts, Vol. I, Rn. 12-096.

³⁹⁵ *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society* [1998] WLR 896 (912f.), per Lord Hoffmann.

³⁹⁶ [1998] WLR 896 (912f.); *Guest*, in Chitty on Contracts, Vol. I, Rn.12-043, 12-118.

³⁹⁷ *Guest*, in Chitty on Contracts, Vol. I, Rn. 12-118.

³⁹⁸ Zurückgehend auf *Lord Greene in Alderslade v Hendon Laundry Ltd* [1945] KB 189, 192 und in diesen drei Schritten zusammengefasst bei *Canada Steamship Lines Ltd v The King* [1952] AC 192, 208, von *Lord Morton of Henryton*; s.a. *Guest*, in Chitty on Contracts, Vol. I, Rn. 14-010; *Jewell*, Rn. 123.

³⁹⁹ [1952] AC 192.

⁴⁰⁰ [1952] AC 192, 203: “That the lessee shall not have any claim or demand against the lessor for detriment, damage or injury of any nature to the said land, the said shed, [...] or to any motor or other vehicles, materials, supplies, goods, articles, effects or things at any time brought, placed, made or being upon the said land, the said platform or in the said shed”.

⁴⁰¹ Ebda: “That the lessor will, at all times during the currency of this lease, at his own cost and expense, maintain the said shed”.

Reparaturarbeiten an der Halle benutzten die Mitarbeiter der staatlichen Einrichtung Schneidbrenner. Dadurch fingen die in der Lagerhalle befindlichen Baumwollreste Feuer, das auf den gesamten Lagerbestand übergriff. Fraglich war, ob dieses fahrlässige Verhalten der Mitarbeiter von der Ausschlussklausel erfasst war.

Der erste der drei Schritte bei der Auslegung solcher Haftungsausschlüsse ist die Frage, ob die Klausel ausdrücklich auf fahrlässiges Verhalten des Verwenders Bezug nimmt und seine Haftung dafür ausschließt⁴⁰². Dafür muss sie das Wort „fahrlässig“ oder ein Synonym dafür beinhalten⁴⁰³. Wenn sie diese Voraussetzung erfüllt, ist die Klausel wirksam („...effect must be given to that provision“)⁴⁰⁴. Das war im oben beschriebenen Fall nicht so: Die Klausel nahm nicht ausdrücklich auf Fahrlässigkeit Bezug. Wenn eine Klausel nicht ausdrücklich von „Fahrlässigkeit“ spricht, ist in einem zweiten Schritt zu untersuchen, ob der Wortlaut weit genug ist, um die Haftung des Verwenders für Fahrlässigkeit auszuschließen⁴⁰⁵. Zweifel gehen dabei zu Lasten des Verwenders, s.u. S. 92. Die Richter im Fall *Canada Steamship Lines* befanden, die Klausel sei weit genug, um die Haftung des Verwenders für Fahrlässigkeit auszuschließen. Ist dies der Fall, so muss in einem dritten Schritt gefragt werden, ob die Klausel andere Haftungsursachen als Fahrlässigkeit erfassen konnte⁴⁰⁶. Mit anderen Worten: Verbliebe der Klausel ein Anwendungsbereich, angenommen, sie schließe nicht die Haftung für Fahrlässigkeit aus⁴⁰⁷? Sofern auch andere (nicht gänzlich abwegige) Haftungsursachen möglich sind, wird die Klausel dahingehend

⁴⁰² [1952] AC 192, 208: “If the clause contains language which expressly exempts the person in whose favour it is made (hereafter called “the proferens”) from the consequence of the negligence of his own servants, effect must be given to that provision”.

⁴⁰³ *Smith v South Wales Switchgear Co Ltd* [1978] 1 WLR 165 (173), Lord Fraser of Tullybelton.

⁴⁰⁴ S. Fn. 402.

⁴⁰⁵ [1952] AC 192, 208: “If there is no express reference to negligence, the court must consider whether the words used are wide enough, in their ordinary meaning, to cover negligence on the part of the servants of the proferens”.

⁴⁰⁶ S. Fn. 402: “If the words used are wide enough for the above purpose, the court must then consider whether ‘the head of damage may be based on some ground other than that of negligence’”.

⁴⁰⁷ Vgl. die Ausführungen von Lord Keith of Kinkel in *Smith v South Wales Switchgear Co Ltd* [1978] 1 WLR 165 (179, bei D, E).

ausgelegt, dass sie die Haftung für Fahrlässigkeit nicht ausschließt⁴⁰⁸. Dafür fanden die Richter im Fall einige Beispiele, unter anderem, dass die im Lagerhaus befindlichen Sachen durch ein defektes, einstürzendes Dach beschädigt werden könnten oder ein vom Vermieter beauftragter Dritter die Sachen bei Arbeiten auf dem Grundstück beschädigen könnte. Aufgrund dieser anderen möglichen Haftungsursachen wurde die Klausel dahingehend ausgelegt, dass sie die Haftung der staatlichen Einrichtung für Fahrlässigkeit nicht wirksam ausschloss.

3. Unklarheitenregel

Bedingungen, die von einer Partei formuliert und dem Vertrag beigelegt werden, werden auch im englischen Recht nach der *contra proferentem rule* ausgelegt: Verbleiben nach Anwendung der allgemeinen Auslegungsmethoden Unklarheiten, so gehen diese zulasten desjenigen, der sich auf sie beruft⁴⁰⁹. Dahinter steht der Gedanke, dass der Verwender bei der Formulierung seine eigenen Interessen verfolgt haben wird, sodass ihm bei Zweifeln über einen bestimmten Vorteil, dieser Vorteil nicht zugesprochen werden sollte⁴¹⁰. Nicht von Bedeutung ist, ob er die Bedingungen mehrfach verwenden wollte⁴¹¹.

Haftungsausschlüsse oder -begrenzungen sind wichtige Anwendungsfälle der *contra proferentem rule*⁴¹². Sie sind nur dann wirksam, wenn sie so klar und unzweideutig wie möglich ausgedrückt sind („most clearly and unambiguously expressed“)⁴¹³. An die Wirksamkeit von Haftungsbeschränkungen werden in dieser Hinsicht weniger strenge Maßstäbe angelegt als an die von Haftungsausschlüssen, wie die Richter im Fall *Ailsa Craig Fishing Co. Ltd v. Malvern Fishing Co. Ltd*⁴¹⁴ deutlich machen. In diesem Fall hatte die Beklagte sich

⁴⁰⁸ Fn. 402: “the existence of a possible head of damage other than that of negligence is fatal to the proferens even if the words used are prima facie wide enough to cover negligence on the part of his servants“.

⁴⁰⁹ *Guest*, in *Chitty on Contracts*, Vol. I, Rn. 12-083; *Benjamin's Sale of Goods*, Rn. 13-020; *v. Bernstorff*, Einführung, S. 59; *Whincup*, Rn. 7.10.

⁴¹⁰ *Tam Wing Chuen v. Bank of Credit and Commerce Hong Kong Ltd* [1996] 2 BCLC 69 (77), zitiert nach *Guest*, in *Chitty on Contracts*, Vol. I, Rn. 12-084.

⁴¹¹ Vgl. *Guest*, in *Chitty on Contracts*, Vol. I, Rn. 12-083 bis 12-085.

⁴¹² *Guest*, in *Chitty on Contracts*, Vol. I, Rn. 12-085.

⁴¹³ *Pollock & Co. v. Macrae* 1922 S.C. (H.L.) 192 (199); *Ailsa Craig Fishing Co. Ltd. v. Malvern Fishing Co. Ltd* [1983] WLR 964 (966, 969).

⁴¹⁴ S. Fn. 413.

verpflichtet, ein Schiff der Klägerin zu bewachen, solange es im Hafen lag. Sie hatte ihre Haftung für (einzelne) Forderungen auf £ 1.000, für sonstige Fälle auf £ 10.000 begrenzt⁴¹⁵. Das zu bewachende Schiff wurde durch ein benachbartes Schiff so geschädigt, dass es sank und ein Schaden von £ 55.000 entstand. Die Richter urteilten, dass die Haftungsbegrenzung auf £ 1.000 eindeutig sei und auch den vorliegenden Fall erfasse. Haftungsbeschränkungen seien weniger streng auszulegen als Haftungsausschlüsse, da sie im Zusammenhang mit anderen Vertragsbedingungen zu sehen seien, insbesondere mit den Risiken, denen der Verwender ausgesetzt sei, der Vergütung, die er erhalte, und gegebenenfalls auch der Möglichkeit des Vertragspartners, sich zu versichern⁴¹⁶. Es sei nicht ganz so unwahrscheinlich wie bei Haftungsausschlüssen, dass der Vertragspartner einer Haftungsbeschränkung hätte zustimmen wollen, insbesondere, wenn der potenzielle Schaden im Verhältnis zur gezahlten Vergütung sehr hoch sei⁴¹⁷. Diese Erwägung findet Ausdruck in sec. 11(4) UCTA, wonach bei der Angemessenheit einer summenmäßigen Haftungsbeschränkung auch danach zu fragen ist, welche Mittel demjenigen zur Verfügung standen, der das Haftungsrisiko trug (s.u. S. 131f).

IV. Vergleich

1. Informationsgefälle und Unklarheitenregel

Die Unklarheitenregel spielt in allen untersuchten Rechtsordnungen eine wichtige Rolle. Sie setzt beim Problem der Informationsasymmetrie an und vermittelt den Anreiz, AGB möglichst eindeutig zu formulieren. Insoweit kann sie

⁴¹⁵ [1983] WLR 964: "liability shall be limited to the payment by the company by way of damages of a sum: (i) In the case of all services ... (a) Not exceeding £1,000 in respect of any one claim arising from any duty assumed by the company . . . which involves the provision of any service not solely related to the prevention or detection of fire or theft . . .; (b) Not exceeding a maximum of £10,000 for the consequences of any incident involving fire, theft or any other cause of liability".

⁴¹⁶ [1983] WLR 964 (966), per Lord Wilberforce: "Clauses of limitation are not regarded by the courts with the same hostility as clauses of exclusion: this is because they must be related to other contractual terms, in particular to the risks to which the defending party may be exposed, the remuneration which he receives, and possibly also the opportunity of the other party to insure".

⁴¹⁷ [1983] WLR 964 (970), per Lord Fraser of Tullybelton: "But there is no such high degree of improbability that he would agree to a limitation of the liability of the proferens, especially when [...], the potential losses that might be caused by the negligence of the proferens or its servants are so great in proportion to the sums that can reasonably be charged for the services contracted for".

dazu beitragen, die Informationsasymmetrie zwischen Verwender und Vertragspartner zu mindern.

Dass Unklarheiten bei der Auslegung von AGB zu Lasten des Verwenders gehen, bezeichnet *Stolz* als effizient. Der ökonomische Sinn des Vertrags, nämlich der beiderseitige Nutzenzuwachs der Parteien, werde gefährdet, wenn zum „Aufstellungsmonopol“ des AGB-Verfassers noch das „Interpretationsmonopol“ hinzukomme⁴¹⁸. Die Auslegung zu Lasten des Verwenders vermindere ein vertragsfremdes hierarchisches Gefälle⁴¹⁹. Diese Aussage bedarf weiterer Analyse. Mit dem Begriff „Aufstellungsmonopol“ nimmt *Stolz* Bezug darauf, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen einseitig gestellt werden. Der Verwender hat nach dieser Terminologie das „Aufstellungsmonopol“. Das „Interpretationsmonopol“ liegt dagegen beim Gericht. Es könnte nach diesem Verständnis nicht mit dem „Aufstellungsmonopol“ beim Verwender zusammenfallen. Daher ist die Aussage *Stolz* wohl dahingehend zu verstehen, es dürfe nicht dieselbe Person die AGB aufstellen und gleichzeitig bei deren Auslegung begünstigt werden. Das überzeugt aus ökonomischer Perspektive nicht. Die Verwendung von AGB dient primär der Rationalisierung und ist daher grundsätzlich ökonomisch vorteilhaft. Ob eine Regelung von der einen oder der anderen Partei vorgegeben wurde, ist irrelevant, solange die dadurch erreichte Risikozuordnung effizient ist. Eine Bevor- oder Benachteiligung des AGB-Verwenders ist aus ökonomischer Perspektive nicht geboten⁴²⁰.

2. Inhaltliche Kontrolle auf Auslegungsebene

Die Auslegung führt bisweilen dazu, dass die Gerichte in die Risikoverteilung des Vertrags eingreifen. Da die Frage einer effizienten Risikoverteilung unten im Abschnitt Inhaltskontrolle behandelt wird, sei hier verwiesen auf S. 95ff.

⁴¹⁸ *Stolz*, recht 2002, 108 (109), *ders.*, KMU, S. 33.

⁴¹⁹ *Ders.*, recht 2002, 108 (109).

⁴²⁰ Ein Beispiel dafür, dass die Unklarheitenregel nicht notwendigerweise zu effizienten Ergebnissen führt, findet sich unten im Abschnitt „Effizienz von Rügeobliegenheiten“, S. 157f.

F. Inhaltskontrolle

I. Zusammenhang zwischen Informationsgefälle und Inhaltskontrolle

Wie schon bei der Einbeziehungskontrolle angesprochen (S. 79f.), lassen sich die rechtlichen Aspekte, die bei der AGB-Kontrolle geprüft werden, grob in zwei Kategorien einteilen: Zum einen gibt es Gesichtspunkte, die das Informationsgefälle zwischen den Parteien betreffen. Zu ihnen gehören alle Punkte einer Rechtsordnung, die Informationsanreize und die Berücksichtigung von Informationskosten betreffen. Dazu gehören die oben beschriebenen Regelungen, die den Unternehmerbegriff und die Einbeziehung von AGB betreffen. Wie dargestellt, können eine übersichtliche Gestaltung von AGB sowie die rechtliche Erfahrung eines unternehmerischen Vertragspartners seine Informationskosten senken. Dabei muss jedoch berücksichtigt werden, dass die Verwendung von AGB einen positiven Rationalisierungseffekt hat. Dieser wird umso stärker beeinträchtigt, je mehr Informationsaustausch den Parteien zugemutet wird.

Je höher die Informationskosten sind, desto eher wird die zweite Kategorie von Gesichtspunkten wichtig, nämlich jene, die die Risikoverteilung zwischen den Parteien und deren Bewertung betreffen. Sie können im Gewand der (offenen) Inhaltskontrolle, der Auslegung, einer Ungewöhnlichkeitskontrolle u. ä. daher kommen. Die Prinzipien des „vollständigen Vertrages“ bilden aus ökonomischer Sicht den Leitfaden für die Inhaltskontrolle.

Die inhaltliche Kontrolle von AGB setzt voraus, dass es sich für den AGB-Adressaten in Anbetracht des Vertragswerts wirtschaftlich nicht lohnt, die AGB zu erfassen. Bis hierhin wurde untersucht, wann dies nach den unterschiedlichen Rechtsordnungen der Fall sein soll. Ab hier werden die möglichen Eingriffe in den Vertragsinhalt aufgezeigt.

II. Deutschland

1. Die Generalklausel des § 307 BGB

Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des

Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist (Transparenzgebot). Absatz 2 konkretisiert Absatz 1 dahingehend, dass eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen ist, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (Nr. 1, sog. Leitbild des dispositiven Rechts) oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (Nr. 2, sog. Aushöhlungsverbot).

a) Verbot unangemessener Benachteiligung

Die Frage, ob AGB den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, ist durch eine umfassende Interessenabwägung zu beantworten⁴²¹. Dafür werden auf der einen Seite das Interesse des Verwenders an der Aufrechterhaltung der Klausel und auf der anderen Seite das Interesse des Kunden am Wegfall der Klausel ermittelt und gegeneinander abgewogen⁴²². Es wird berücksichtigt, welche Folgen ein Wegfall der Klausel hätte oder ob eine der Parteien die Verwirklichung des Risikos, das die betreffende Klausel regelt, hätte verhindern oder sich dagegen durch Vorsorge hätte schützen können⁴²³. So wurde es z.B. als unangemessene Benachteiligung beurteilt, dass ein Heizöllieferant sich von der Haftung für solche Fehler freizeichnen wollte, die seinen Angestellten bei der Befüllung von Kundentanks unterliefen⁴²⁴. Der BGH befand, die Tanks könnten technische Mängel haben, auf die der Lieferant (und nicht der Kunde) gefasst sein müsse, weil er bei dem Durchschnittskäufer nicht die erforderliche technische Sachkunde voraussetzen könne⁴²⁵. Da der Verkäufer über besondere Sachkunde verfügte, wurde ihm also eine größere Fähigkeit zur Beherrschung des von der Klausel betroffenen Risikos zugesprochen.

⁴²¹ K. P. Berger, in P/W/W, § 307 Rn. 9; Palandt/Grüneberg, § 307 Rn. 12; Wolf, in W/L/P, AGB-Recht, § 307 Rn. 174; Wurmnest, in MüKo BGB, § 307 Rn. 3;.

⁴²² Bodenheimer, S. 115; Fuchs, in U/B/H, AGB-Recht, § 307 Rn. 102ff; Wurmnest a.a.O., Rn 33.

⁴²³ Wurmnest, in MüKo BGB, § 307 Rn. 33; Fuchs, in U/B/H, AGB-Recht, § 307 Rn. 156-159.

⁴²⁴ BGH NJW 1971, 1036.

⁴²⁵ BGH a.a.O., S. 1038.

Bei der Interessenabwägung wird stets der gesamte Vertragsinhalt in Betracht gezogen⁴²⁶. Das bedeutet zum einen, dass mehrere – isoliert betrachtet angemessene - Klauseln durch ihr Zusammenwirken zu einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden führen können (sog. „Summierungs- oder Verstärkungseffekt“)⁴²⁷. Zum anderen kann auch die gegenteilige Wirkung eintreten, nämlich dass eine Klausel die benachteiligenden Folgen einer anderen Klausel aufwiegt (sog. „Kompensationseffekt“); das geht allerdings nur, wenn die Klauseln in einem Sachzusammenhang miteinander stehen⁴²⁸.

Bei der Interessenabwägung wird auf die Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise abgestellt⁴²⁹. Im Rahmen einer typisierenden Betrachtung wird untersucht, wer dem Verwender bei Geschäften wie dem vorliegenden typischerweise gegenübersteht und welche Kenntnisse oder Erwartungen dieses Gegenüber typischerweise hat⁴³⁰. Dabei ist auch innerhalb des unternehmerischen Bereichs eine weitere Unterteilung möglich, z.B. in Kaufleute, Kleingewerbetreibende, Großhändler o.ä.⁴³¹. Die Vertragspartner werden nicht individualisiert betrachtet, z.B. dahingehend, ob sie nach ihren persönlichen Verhältnissen Vorsorge gegen die Verwirklichung eines Risikos treffen können⁴³².

Nicht in die Abwägung mit einbezogen wird grundsätzlich der Preis: Ein niedriger Preis kann nicht die benachteiligende Wirkung einer Klausel ausgleichen⁴³³. Nach der Rechtsprechung des BGH muss der Verwender seine „Preise nach solchen Bedingungen kalkulieren, die sich mit den Geboten von Treu und Glauben

⁴²⁶ *Fuchs*, in U/B/H, AGB-Recht, § 307 Rn. 116; *Palandt/Grüneberg*, § 307 Rn. 13; *Wurmnest*, in MüKo BGB, § 307 Rn. 34.

⁴²⁷ BGH NJW 2007, 997; *K. P. Berger*, in P/W/W, § 307 Rn. 10; *Palandt/Grüneberg*, a.a.O.; *Wurmnest* a.a.O., Rn. 35; *Fuchs* a.a.O., Rn. 155.

⁴²⁸ *K. P. Berger* a.a.O.; *Palandt/Grüneberg*, § 307 Rn. 14; *Wurmnest*, in MüKo BGB, § 307 Rn. 36; *Fuchs*, in U/B/H, AGB-Recht, § 307 Rn. 151; *Wolf*, in W/L/P, AGB-Recht, § 307 Rn. 215ff.

⁴²⁹ *Wurmnest* a.a.O., Rn. 38.

⁴³⁰ *Wurmnest* ebda.; *Fuchs*, in U/B/H, AGB-Recht, § 307 Rn. 110.

⁴³¹ *Palandt/Grüneberg*, § 307 Rn. 39; *Fuchs*, in U/B/H, AGB-Recht, § 307 Rn. 111; *Wolf*, in W/L/P, AGB-Recht, § 307 Rn. 83, 196f.

⁴³² *Wurmnest*, in MüKo BGB, § 307 Rn. 39.

⁴³³ *K. P. Berger*, in P/W/W, § 307 Rn. 10; *Fuchs*, in U/B/H, AGB-Recht, § 307 Rn. 145; *Palandt/Grüneberg*, § 307 Rn. 18; *Wolf*, in W/L/P, AGB-Recht, § 307 Rn. 224; *Wurmnest* a.a.O., Rn. 43f.

vereinbaren lassen⁴³⁴. Die Möglichkeit, dass ein für den Kunden wirtschaftlich etwas günstigerer Preis kalkuliert werden könne, vermöge ein rechtlich unbilliges Verhalten nicht zu rechtfertigen⁴³⁵.

Dieser Grundsatz erfährt jedoch Aufweichungen. Zunächst sei die europäische Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen genannt⁴³⁶. In den Erwägungsgründen heißt es, dass „der Hauptgegenstand des Vertrages und das Preis-/Leistungsverhältnis bei der Beurteilung anderer Klauseln [als solcher, die den Hauptgegenstand und das Preis-/Leistungsverhältnis direkt beschreiben] berücksichtigt werden“⁴³⁷ können. Daraus folgern einige Stimmen der ausländischen Literatur, dass ein an sich ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten durch einen besonders günstigen Preis ausgeglichen werden könne⁴³⁸. Wenn dies für Verbraucherverträge gelten soll, wird man es erst recht für Unternehmerverträge erwägen können.

Eine weitere Ausnahme, in der das Preisargument zulässig ist, ist die sog. offene Tarifwahl⁴³⁹. Das heißt, dass der Verwender den Vertragspartner vor die Wahl stellt, einen günstigen Preis bei reduzierter Haftung oder einen höheren Preis bei voller Haftung des Verwenders zu zahlen⁴⁴⁰. Teilweise wird argumentiert, eine solche Vereinbarung stelle schon keine Allgemeine Geschäftsbedingung, sondern eine Individualvereinbarung dar⁴⁴¹.

Ein günstiger Preis kann schließlich berücksichtigt werden, wenn weitere besondere Umstände hinzutreten⁴⁴². Das kann der Fall sein, wenn der Vertragspartner des Verwenders üblicherweise gegen das betreffende Risiko versichert ist⁴⁴³. Der BGH erhielt z.B. einen Haftungsausschluss in den AGB eines Schiffsbewachungsunternehmens aufrecht, weil die Schiffseigner das Risiko des

⁴³⁴ BGH NJW 1957, 17 (19); 1961, 212 (213).

⁴³⁵ BGH NJW 1980, 1953 (1954).

⁴³⁶ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95 vom 21.4.1993, S. 29–34.

⁴³⁷ Richtlinie 93/13/EWG a.a.O., S. 30.

⁴³⁸ *Basedow*, in MüKo BGB, § 310 Rn. 82 m.w.N.

⁴³⁹ *Fuchs*, in U/B/H, AGB-Recht, § 307 Rn. 148; *Palandt/Grüneberg*, § 307 Rn. 18; *Wolf*, in W/L/P, AGB-Recht, § 307 Rn. 227; *Wurmnest*, in MüKo BGB, § 307 Rn. 47; im Ergebnis offen gelassen von BGH NJW 1980, 1953; für die Zulässigkeit nach schweizerischem Recht (Art. 8 UWG a.F.) *Baudenbacher*, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle, S. 17 (52).

⁴⁴⁰ *Wurmnest*, in MüKo BGB, § 307 Rn. 47.

⁴⁴¹ *Stoffels*, Rn. 148; *Miethaner*, S. 240ff.

⁴⁴² *Wurmnest*, in MüKo BGB, § 307 Rn. 44 aE.

⁴⁴³ *Wurmnest* a.a.O., Rn. 45.

Verlustes oder der Beschädigung ihrer Schiffe durch eine Kaskoversicherung abdecken können und dies normalerweise auch tun; unter diesen Umständen verstoße es nicht gegen Treu und Glauben, wenn das Bewachungsunternehmen eine Haftung ausschließe und sich dadurch die Möglichkeit eröffne, die Bewachungsgebühren niedriger zu halten⁴⁴⁴.

Auch generell ist die Versicherbarkeit des von der Klausel betroffenen Risikos ein Gesichtspunkt, anhand dessen die Angemessenheit der Klausel beurteilt werden kann⁴⁴⁵. Dabei ist entscheidend, ob das Risiko günstiger vom Kunden (durch Abschluss einer Sach- bzw. Kaskoversicherung) oder vom Verwender (durch Abschluss einer Haftpflichtversicherung) versichert werden kann⁴⁴⁶. Die Üblichkeit einer Sachversicherung kann ein Indiz dafür sein, dass sie günstiger ist als die entsprechende Haftpflichtversicherung⁴⁴⁷. Die Kasuistik hierzu behandelt hauptsächlich Verträge, bei denen eine Sache in die Obhut eines anderen gelangt, z.B. Bewachung von Autos, Reinigung von Kleidungsstücken oder Autowaschanlagen⁴⁴⁸. Im Bereich von Kauf- und Lieferverträgen gibt es, soweit ersichtlich, noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung, die auf die Versicherbarkeit des Sachmängel- und/oder Folgeschadenrisikos eingeht. Allerdings hat das OLG Hamm für den Verkauf von Möbeln entschieden, dass der Verkäufer sich nicht von der Haftung für jegliche Schäden, die nur auf leichter Fahrlässigkeit beruhen, freizeichnen darf⁴⁴⁹. Dies hat es unter anderem damit begründet, dass auch durch leichte Fahrlässigkeit bei der Montage von Möbeln Fehler entstehen können, die zu schwerwiegenden Körperverletzungen des Kunden führen können. „Solche Schadensersatzansprüche liegen nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, sondern gehören zu dem typischen und überschaubaren Risikobereich eines Möbelhauses, das auch die Montage der Möbel übernimmt. Gegen die Inanspruchnahme aus solchen Schäden kann sich

⁴⁴⁴ BGH NJW 1961, 212; *Wurmnest*, ebda.

⁴⁴⁵ *Palandt/Grüneberg*, § 307 Rn. 19; *Wurmnest*, in MüKo BGB, § 307 Rn. 45.

⁴⁴⁶ *Palandt/Grüneberg*, ebda.; *Wurmnest*, ebda.

⁴⁴⁷ *Wurmnest*, ebda (Fn. 445).

⁴⁴⁸ Vgl. *Wurmnest*, in MüKo BGB, § 307 Rn. 46; *Kötz*, Haftungsausschlussklauseln - juristisch-ökonomische Analyse, S. 145 (148ff.).

⁴⁴⁹ OLG Hamm, NJW-RR 1987, 311 (316 a.E.); es wurde ein Verstoß gegen das Verbot der unangemessenen Benachteiligung nach § 9 I, II AGBG (= jetzt § 307 I, II BGB) angenommen und nicht ein Verstoß gegen das entsprechende Klauselverbot aus § 309 Nr. 7 BGB.

der Möbelhändler jedoch durch Abschluß einer Haftpflichtversicherung ganz oder teilweise schützen [...] Wenn und soweit es dem Verkäufer möglich und zumutbar ist, sich gegen typische und daher voraussehbare Risiken zu versichern, dann ist es ihm auch zumutbar, in diesem Umfang dem Kunden auch für nur leichte Fahrlässigkeit einzustehen⁴⁵⁰. Dabei ist freilich zu beachten, dass der Einbau einer Kaufsache beim Kunden nicht den Regelfall eines Kaufvertrags darstellt, sodass die Wertung nur bedingt übertragbar ist.

b) Transparenzgebot

Nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Diese Vorschrift vollführt einen Spagat zwischen inhaltlichen und formellen Gesichtspunkten, sodass auch ihre Anwendung nicht immer klar dem einen oder anderen Bereich zuzuordnen ist⁴⁵¹. Ihr Schutzzweck liegt darin, den Kunden verständlich und zutreffend über seine Rechte und Pflichten aus dem Vertrag zu informieren⁴⁵².

Als Fallgruppen wurden die äußere Gestaltung, die Bestimmtheit der Klausel und eine mögliche Verschleierung der Rechtslage durch die Klausel herausgearbeitet, wobei Überschneidungen möglich sind⁴⁵³. Zur äußeren Gestaltung gehört – vergleichbar der Wertung in § 305c Abs. 1 BGB –, wie übersichtlich die Klausel ist, ob ihr Regelungsgehalt sinnvoll aufgeteilt ist oder ob nachteilige Folgen an verdeckter Stelle stehen⁴⁵⁴. So wurde zum Beispiel eine Klausel in Neuwagenverkaufsbedingungen als unverständlich und damit als Verstoß gegen das Transparenzgebot bewertet, die die Haftung des Verwenders für leichte Fahrlässigkeit für zwei unterschiedliche Haftungsfälle regelte⁴⁵⁵. Danach sollte die Haftung des Verwenders für leichte Fahrlässigkeit nur bestehen, „soweit der Schaden Leistungen von Versicherungen übersteigt und Drittschaden nicht im

⁴⁵⁰ OLG Hamm a.a.O., S. 316f.

⁴⁵¹ Vgl. *Wurmnest*, in MüKo BGB, § 307 Rn. 57: „Intransparenz der Transparenzrechtsprechung“.

⁴⁵² *Fuchs*, in U/B/H, AGB-Recht, § 307 Rn. 326.

⁴⁵³ *Wurmnest*, in MüKo BGB, § 307 Rn. 58ff; vgl. auch *Fuchs* a.a.O., Rn. 335ff; *Palandt/Grüneberg*, § 307 Rn. 25ff; *Wolf*, in W/L/P, AGB-Recht, § 307 Rn. 253ff.

⁴⁵⁴ *Fuchs*, in U/B/H, AGB-Recht, § 307 Rn. 335a; *Wurmnest*, in MüKo BGB, § 307 Rn. 58.

⁴⁵⁵ BGH NJW 2001, 292 (301 a.E.).

Rahmen des Gesetzes über die Pflichtversicherung für Kfz-Halter ersetzt wird“⁴⁵⁶. Der BGH befand, die Klausel vermenge die zwei unterschiedlichen Schadensmöglichkeiten (eigener Schaden – Drittschaden) zu einer „scheinbaren, tatsächlich aber nicht bestehenden Sinneinheit und [sei] daher jedenfalls aus der Sicht des rechtlichen Laien schwer verständlich“⁴⁵⁷.

Das Bestimmtheitsgebot besagt, dass der Vertragspartner seine Rechte und Pflichten dem Vertragstext mit größtmöglicher Bestimmtheit entnehmen können muss⁴⁵⁸. Dazu gehört insbesondere, dass der Verwender sich nicht durch unbestimmte Rechtsbegriffe oder andere Gestaltungen ein einseitiges Ermessen einräumen darf⁴⁵⁹. Zum Beispiel beurteilt die Rechtsprechung eine Klausel in einem Kfz-Vertragshändlervertrag als unwirksam, nach welcher der Verwender die von ihm übernommene Gewährleistung und Garantie jederzeit ändern kann, „soweit dies aus Wettbewerbs- oder wirtschaftlichen Gründen als zweckmäßig erscheint“⁴⁶⁰. Der BGH urteilte, ein solches völlig freies, an keine Voraussetzungen gebundenes Änderungsrecht sei auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr unangemessen⁴⁶¹. Ein unzulässiger unbestimmter Rechtsbegriff ist nach der Rechtsprechung des BGH auch der Begriff „Kardinalpflichten“⁴⁶², s. dazu unten S. 103f. Unbestimmte Rechtsbegriffe aus dem Gesetz darf der Verwender dagegen übernehmen⁴⁶³.

Der Verwender, der sich gegen bestimmte Haftungsrisiken versichert hat, kann seinen (Unternehmer-)Kunden grundsätzlich auf Ansprüche gegen die Versicherung verweisen. Dies ist allerdings nur unter der Voraussetzung wirksam, dass der Verwender subsidiär haftet⁴⁶⁴, „weil und soweit die Inanspruchnahme der Versicherung scheitert“⁴⁶⁵. Die Haftung des Verwenders wird damit begrenzt auf solche Beträge, die seine Versicherung – gleich aus welchen Gründen – nicht

⁴⁵⁶ Ebd.

⁴⁵⁷ BGH a.a.O. (Fn. 455), S. 302.

⁴⁵⁸ K. P. Berger, in P/W/W, § 307 Rn. 14; Fuchs, in U/B/H, AGB-Recht, § 307 Rn. 338; Wurmnest, in MüKo BGB, § 307 Rn. 59;.

⁴⁵⁹ Fuchs a.a.O., Rn. 340; Wolf, in W/L/P, AGB-Recht, § 307 Rn. 258; Wurmnest, ebda.

⁴⁶⁰ BGH NJW 1985, 623.

⁴⁶¹ BGH a.a.O., S. 627.

⁴⁶² BGH NJW-RR 2005, 1496.

⁴⁶³ Palandt/Grüneberg, § 307 Rn. 22

⁴⁶⁴ Grüneberg a.a.O., § 309 Rn. 67.

⁴⁶⁵ Dammann, in W/L/P, AGB-Recht, § 309 Nr. 7 Rn. 158, 159; s. a. v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln Rn. 122 a.E.

übernimmt. Bei der Formulierung ist allerdings Vorsicht geboten: Eine Klausel, die die Haftung des Verwenders ausschloss, soweit die Schäden „durch eine Schadensversicherung dem Grunde und der Höhe nach gedeckt sind“, wurde vom BGH als intransparent und daher unangemessen nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB beurteilt⁴⁶⁶. Denn sie stelle auf das bloße Bestehen, nicht auf die tatsächliche Ersetzung des Schadens ab⁴⁶⁷.

Der Maßstab für die Klarheit und Verständlichkeit einer Klausel ist das Verständnis eines durchschnittlichen Vertreters der angesprochenen Kundenkreise, der aufmerksam und sorgfältig am Wirtschaftsverkehr teilnimmt⁴⁶⁸. Bei B2B-Verträgen innerhalb derselben Branche ist dabei von einem höheren Fachwissen des Kunden auszugehen⁴⁶⁹. Teilweise wird vertreten, dabei sei auch zwischen den verschiedenen Kundentypen zu differenzieren⁴⁷⁰, s. dazu näher unter „Reformdiskussion“ (S. 111ff).

c) Leitbild des dispositiven Rechts

Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Die Vorschrift bildet also ein Regelbeispiel für eine unangemessene Benachteiligung⁴⁷¹. Die gesetzliche Regelung, von der abgewichen wird, kann jedes Gesetz im materiellen Sinn sein, d.h. sie muss nicht notwendigerweise in dispositivem Gesetzesrecht, sondern kann auch in einem ungeschriebenen, allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz bestehen⁴⁷². Sie muss einen gewissen „Gerechtigkeitsgehalt“ aufweisen und nicht lediglich eine „Zweckmäßighkeitsregel“ darstellen⁴⁷³. Im Kaufrecht ist dies z.B. für § 439 Abs. 2 BGB anerkannt, wonach der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung

⁴⁶⁶ BGH NJW 1996, 1407 (1408).

⁴⁶⁷ Ebda.

⁴⁶⁸ Palandt/Grüneberg, § 307 Rn. 23; Wurmnest, in MüKo BGB, § 307 Rn. 62.

⁴⁶⁹ Wolf, in W/L/P, AGB-Recht, § 307 Rn. 252; Wurmnest, ebda.

⁴⁷⁰ K. P. Berger/Kleine, BB 2007, 2137; Palandt/Grüneberg, § 307 Rn. 39; Wurmnest ebda (Fn. 468).

⁴⁷¹ K. P. Berger, in P/W/W, § 307 Rn. 18; Palandt/Grüneberg, § 307 Rn. 28.

⁴⁷² Grüneberg a.a.O. Rn. 29; Wolf, in W/L/P, AGB-Recht, § 307 Rn. 105ff; Wurmnest, in MüKo BGB, § 307 Rn. 68;.

⁴⁷³ Palandt/Grüneberg, § 307 Rn. 30; Wurmnest a.a.O., Rn. 66; a.A. Wolf, a.a.O., Rn. 117 („wenig brauchbar“).

erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen hat. Der BGH hat eine Abweichung von dieser Vorschrift im unternehmerischen Geschäftsverkehr (Vertrag zwischen Reifenhersteller und Händler) als unwirksam beurteilt⁴⁷⁴. Die Klausel des Reifenherstellers lautete wie folgt: *„Beanstandete Reifen untersuchen wir hier auf das Vorliegen gewährleistungspflichtiger Mängel. Alle dabei hier entstehenden Prüf-, Verwaltungs-, Transport- und Entsorgungskosten ab/an Auslieferungslager gehen auch bei unberechtigter Reklamation zu unseren Lasten. Weitere Kosten der Gewährleistungsabwicklung tragen wir nicht.“* Beanstandet wurde der letzte Satz der Klausel. Danach hätte der Händler alle Aufwendungen selber tragen müssen, die nicht beim Hersteller entstanden wären (insbesondere dem Endkunden gegenüber) So könne sein eigenes Nachbesserungsrecht aufgezehrt werden⁴⁷⁵. Wenn das Nachbesserungsrecht aufgrund der hohen Zusatzkosten für den Berechtigten mehr Nach- als Vorteile biete, verlöre es seine Funktion als Gewährleistungsrecht des Käufers⁴⁷⁶.

d) Aushöhlungsverbot

Nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel (auch) dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Dieses „Aushöhlungsverbot“ ist ein wichtiger Anknüpfungspunkt für Haftungsausschlüsse und –beschränkungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr, denn es betrifft vertragswesentliche Pflichten, die sog. „Kardinalpflichten“⁴⁷⁷. Es *„beruht auf der [bereits vor Inkrafttreten des AGBG bestehenden] Rechtsprechung des BGH, wonach AGB dem Vertragspartner nicht solche Rechtspositionen wegnehmen oder einschränken dürfen, die ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck zu gewähren hat. Vor allem darf sich der Klauselverwender - auch gegenüber einem Kaufmann - nicht formularmäßig von*

⁴⁷⁴ BGH NJW 1996, 389 (390) zum insoweit gleichlautenden § 476a BGB a.F.

⁴⁷⁵ Ebd.

⁴⁷⁶ Ebd. (Fn. 474); Analyse s.u. S. 152.

⁴⁷⁷ Z.B. BGHZ 149, 89 (96); BGH NJW 2000, 3275 (3276); K. P. Berger, in P/W/W, § 307 Rn. 26; Palandt/Grüneberg, § 307 Rn. 33.

*Pflichten freizeichnen, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht, auf deren Erfüllung der Vertragspartner daher vertraut und auch vertrauen darf*⁴⁷⁸.

Das heißt, die Haftungsbeschränkung oder –freizeichnung wird von den Richtern als gleichzeitige Einschränkung der Pflicht als solcher betrachtet. Mit den Worten des damaligen Richters am BGH *Bernd-Arthur Paulusch*: „*Pflicht ohne Haftung ist inhaltsleer*“⁴⁷⁹. Diese Ansicht wird nicht überall geteilt. Es müsse unterschieden werden zwischen der Existenz wesentlicher Rechte und Pflichten einerseits und der Haftung im Falle ihrer Verletzung andererseits⁴⁸⁰. Eine Pflicht habe auch dann noch einen sinnvollen Inhalt, wenn im Falle ihrer Verletzung nur für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz gehaftet werde⁴⁸¹.

Ein Ausschluss der Haftung für leicht fahrlässig verursachte Schäden ist jedenfalls nach der Rechtsprechung nur wirksam, wenn er keine vertragswesentlichen Pflichten betrifft⁴⁸². Für das Kaufrecht ist anerkannt, dass die Verpflichtung zur Verschaffung einer mangelfreien Sache zu den „vertragswesentlichen Pflichten“ gehört⁴⁸³. Das heißt für den Kauf zwischen Unternehmern, dass die Haftung für Schäden, die auf der Verschaffung einer mangelhaften Sache beruhen, nicht wirksam ausgeschlossen werden kann⁴⁸⁴. Sie kann jedoch begrenzt werden.

(aa) Abstrakte Haftungsbegrenzung

Die Haftung für die (grob oder leicht) fahrlässige Verletzung „wesentlicher Vertragspflichten“ kann begrenzt werden, wenn die Begrenzung die „vertragstypischen, vorhersehbaren Schäden“ abdeckt⁴⁸⁵.

⁴⁷⁸ BGH NJW 1993, 335 (335).

⁴⁷⁹ *Paulusch*, DWiR 1992, 182 (187).

⁴⁸⁰ *Wolf*, NJW 1980, 2433 (2434); *ders.*, in W/L/P, AGB-Recht, § 307 Rn. 141.

⁴⁸¹ *Ders.*, NJW 1980, 2433 (2434).

⁴⁸² BGH NJW 1985, 3016 (3018); 1993, 335 (335); NJW-RR 1998, 1426 (1428).

⁴⁸³ BGH NJW 2001, 292 (302); *Arnold*, ZGS 2004, 16 (20); *K. P. Berger*, in P/W/W, § 307 Rn. 27; *Palandt/Grüneberg*, § 307 Rn. 101; zu weiteren Schutz- und Obhutspflichten s. *Wurmnest*, in MüKo BGB, § 307 Rn. 72.

⁴⁸⁴ *Arnold* ebda.

⁴⁸⁵ BGH NJW 1993, 335 (336); 1998, 1640 (1644); 2001, 292 (302); *K. P. Berger*, in P/W/W, § 307 Rn. 26; *Christensen* in U/B/H, AGB-Recht, § 309 Nr. 7 Rn. 46; *Fuchs* in U/B/H, AGB-Recht, § 307 Rn. 301; *Langer*, WM 2006, 1233 (1234); *Stoffels*, Rn. 984; v. *Westphalen* in AGB-Klauselwerke, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, Rn. 118.

Folgende Klausel, die dies sogar gegenüber Verbrauchern vorsah, wurde zuletzt in einer Entscheidung des OLG Köln für wirksam erachtet: „[Der Verwender haftet für] Schäden aus schuldhafter Verletzung wesentlicher Vertragspflichten, bei leichter Fahrlässigkeit jedoch der Höhe nach begrenzt auf die bei Vertragsbeginn vorhersehbaren vertragstypischen Schäden“⁴⁸⁶. Aus dem Schrifttum kommt jedoch Kritik an dieser Formel. Sie sei zu vage, als dass der Unternehmer damit sein Risiko verlässlich begrenzen könne⁴⁸⁷, zumal viele Schadenspositionen vom BGH als vorhersehbar eingestuft würden: „Wertminderung des Kaufgegenstandes, entgangene Nutzung, entgangener Gewinn, Abschleppkosten, Wageninhalt und Ladung“⁴⁸⁸. Ebenso beurteilt der BGH es als vorhersehbar, dass der Verkäufer im Zuge der Nachbesserung Schäden an der Kaufsache oder anderen Rechtsgütern des Käufers verursacht⁴⁸⁹. Positionen, die sich in der Risikosphäre des Käufers befinden, wie entgangene Nutzungen oder entgangener Gewinn, sind für den Verkäufer aber oft unkalkulierbar und können deutlich außer Verhältnis zum Kaufpreis stehen⁴⁹⁰.

Eine Haftungsausschlussklausel, die die Haftung für „Kardinalpflichten“ aufrecht erhielt, erklärte der BGH aufgrund der Verwendung des Begriffs „Kardinalpflichten“ für intransparent und damit unwirksam⁴⁹¹.

Die dadurch bestehende Rechtsunsicherheit wird von mehreren Stimmen in der Literatur kritisiert⁴⁹². Beispielhaft stehe dafür ein Zitat *Hein Kötz*: "*[I]ch bleibe deshalb dabei, daß der Begriff der 'Kardinalpflicht' für den Juristen die gleiche*

⁴⁸⁶ OLG Köln, Urteil vom 22.07.2011 - 6 U 45/11, BeckRS 2011, 26071.

⁴⁸⁷ *Kollmann*, NJOZ 2011, 625 (625): „nur kosmetische Hilfe“; *Langer*, WM 2006, 1233 (1235): „intransparent“.

⁴⁸⁸ BGH NJW 2001, 292 (302); *Kollmann*, NJOZ 2011, 625 (625).

⁴⁸⁹ BGH a.a.O, S. 302.

⁴⁹⁰ Vgl. *Langer*, WM 2006, 1233 (1235).

⁴⁹¹ BGHZ 164, 11 = NJW-RR 2005, 1496. Gegenüber Verbrauchern erklärte das OLG Celle auch die Verwendung des Begriffs „wesentliche Vertragspflicht (Kardinalpflicht)“ für unwirksam, OLG Celle BB 2009, 129.

⁴⁹² *Brachert/Dietzel*, ZGS 2005, 441 (441); *Kessel/Stomps*, BB 2009, 2666 (2667); *Kötz*, Transportrecht, S. 8 (14f.); *Kollmann*, NJOZ 2011, 625 (625); v. *Westphalen* in AGB-Klauselwerke, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln Rn. 25; *Wurmnest*, in MÜKo BGB § 309 Nr. 7 Rn. 26.

*Funktion hat, wie für den Betrunkenen die Laterne: Er hält sich an ihr fest, aber daß sie ihn erleuchtet, kann man nicht sagen"*⁴⁹³.

(bb) Summenmäßige Haftungsbegrenzung

Ähnliches gilt für die Frage, inwieweit konkrete Haftungshöchstsummen in AGB wirksam sind. In der Entscheidung BGH NJW 1993, 335 ging es um eine Begrenzung der Haftung für grob fahrlässig verursachte Schäden auf 100.000 DM. Die Klausel lautete: „Wird dem [Verwender] grob fahrlässiges Verhalten nachgewiesen, so beschränkt sich seine Ersatzpflicht auf DM 100.000,00 für alle Schäden, die durch Handlungen oder Unterlassungen im Zusammenhang mit der Erfüllung des Vertrages verursacht worden sind“⁴⁹⁴. Der Senat bezeichnete dies als bedenklich, da eine solche Haftungsbegrenzung nur dann wirksam sei, wenn die Höchstsumme die vertragstypischen, vorhersehbaren Schäden abdecke; dazu fehle es aber an tatrichterlichen Feststellungen⁴⁹⁵.

Es bleibt also bei den oben aufgestellten Kriterien für eine abstrakte Haftungsbegrenzung, wenn es um die Wirksamkeit einer summenmäßigen Haftungsbegrenzung geht, d.h. die Begrenzung muss die vertragstypischen, vorhersehbaren Schäden abdecken. Dies gilt auch dann, wenn der Verwender seine Haftung für das Verhalten einfacher Erfüllungsgehilfen einschränken möchte⁴⁹⁶. Sofern wesentliche Vertragspflichten betroffen sind, ist die Begrenzung nur wirksam, wenn der Schadensersatzbetrag die voraussehbaren Schäden abdeckt⁴⁹⁷. Sowohl bei einem bestimmten, als auch bei einem bestimmbaren Betrag, der z.B. mit Bezug auf das Vertragsentgelt gebildet wird, muss der Verwender sicherstellen, dass damit die vertragstypischen vorhersehbaren Schäden abgegolten würden. Darin liegt die Schwierigkeit. Denn zum einen kann Unsicherheit darüber bestehen, welche Schadenspositionen

⁴⁹³ Kötz, Transportrecht, S. 8 (21f.).

⁴⁹⁴ BGH NJW 1993, 335.

⁴⁹⁵ BGH a.a.O., S. 336.

⁴⁹⁶ BGH NJW-RR 2006, 267 (269).

⁴⁹⁷ BGH a.a.O., S. 270: Haftung eines Lagerhalters auch in Fällen grob schuldhafter Verletzung von wesentlichen Vertragspflichten durch seine Erfüllungsgehilfen auf 10.000 DM begrenzt - unwirksam.

„vertragstypisch und vorhersehbar“ sind. Zum anderen lassen sich auch die bereits von der Rechtsprechung als „vertragstypisch und vorhersehbar“ eingestuften Schadenspositionen in ihren Volumina teilweise kaum einschätzen (gerade, wenn sie aus der Risikosphäre des Kunden stammen). So sieht z. B. *von Westphalen* die Begrenzung auf bestimmte Beträge oder Prozentsätze als „in aller Regel“ nicht dazu geeignet an, typischerweise vorhersehbare Schäden zu kompensieren⁴⁹⁸.

Dem ist – vor dem Hintergrund der Rechtsprechung – zuzustimmen. Denn bei Aufstellung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann der AGB-Verwender nur absehen, welche Schäden typischerweise entstehen können. Er kennt sein Produkt, weiß aber nicht, welcher Verwendung es in jedem konkreten Fall zugeführt wird. Er kann keine Berechnung vornehmen, die für alle zukünftigen Verträge Gültigkeit hat. Der BGH stellt aber in seinen Urteilen auf die „Gefährdung des Vertragszwecks“ durch die Haftungsbegrenzung ab. Das ist im Ergebnis eine Einzelfallfrage, die der Unternehmer bei Aufstellung seiner AGB nicht beantworten kann.

2. Die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB

a) „Indizwirkung“ im unternehmerischen Verkehr

Die §§ 308, 309 BGB enthalten Klauselverbote mit und ohne Wertungsmöglichkeit. § 309 BGB enthält eine „schwarze Liste“⁴⁹⁹ von Klauseln, die in jedem Fall unwirksam sind, § 308 BGB eine „graue Liste“ von Klauseln, deren Wirksamkeit von wertenden Begriffen wie „zumutbar“ oder „angemessen“ abhängt. Die §§ 308 und 309 BGB sind gemäß § 310 Abs. 1 S. 1 BGB im unternehmerischen Verkehr nicht unmittelbar anwendbar, sondern nur die Generalklausel des § 307 BGB. Nach § 310 Abs. 1 S. 2 BGB „findet [die Generalklausel] [...] auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von den in §§ 308 und 309 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im

⁴⁹⁸ *v. Westphalen* in AGB-Klauselwerke, Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln Rn. 116; s.a. *Langer*, WM 2006, 1233 (1235): Die Höhe des Schadenspotenzials korreliert häufig nicht mit üblichen Bezugsgrößen wie z.B. Vertragsentgelt.

⁴⁹⁹ Zu den Begriffen „schwarze“ bzw. „graue Liste“ s. *Jansen*, ZEuP 2010, 69 (102).

Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.“ Dieser Satz stellt in seinem ersten Teil klar, dass eine Klausel, die im Verbraucherverkehr an § 309 oder § 308 BGB scheitern würde, im unternehmerischen Geschäftsverkehr nicht automatisch wirksam ist, sondern nach § 307 BGB ebenfalls unwirksam sein könnte⁵⁰⁰. Das hängt davon ab, ob eine sog. „Parallelwertung in der Unternehmersphäre“ angebracht ist⁵⁰¹, d.h. ob nach den Umständen des Falles die Situation zwischen unternehmerischen Geschäftspartnern der zwischen Unternehmer und Verbraucher vergleichbar ist. Das soll z.B. der Fall sein, wenn das Geschäft des Kunden nicht zum „Kern seiner produktiven Tätigkeit“ zählt⁵⁰². Der BGH nimmt an, dass der Verstoß einer Klausel gegen §§ 308, 309 BGB ein Indiz dafür ist, dass die Klausel auch im unternehmerischen Verkehr eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 BGB darstellt⁵⁰³. Diese Indizwirkung hat so starkes Gewicht, dass der Praxis empfohlen wird, „zunächst jede ABG-Klausel am Maßstab der §§ 308 und 309 auf ihre Wirksamkeit zu prüfen“⁵⁰⁴.

b) Das Differenzierungsgebot des § 310 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB

Wie oben dargestellt, enthält § 310 Abs. 1 S. 2 BGB in seinem zweiten Halbsatz das Gebot, bei der Anwendung von § 307 BGB auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen (Differenzierungsgebot). Es herrscht Uneinigkeit darüber, ob damit Bezug genommen wird auf § 346 HGB⁵⁰⁵. Dies hätte zur Folge, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift sehr eng ist. Ein Handelsbrauch im Sinne des § 346 HGB ist eine „verpflichtende Regel, die auf einer gleichmäßigen, einheitlichen und freiwilligen Übung der beteiligten Kreise für vergleichbare Geschäftsvorfälle über einen angemessenen Zeitraum hinweg beruht und der

⁵⁰⁰ Basedow, in MüKo BGB, § 310 Rn. 7.

⁵⁰¹ Basedow a.a.O., Rn. 7f; a.A. Wolf, in W/L/P, AGB-Recht, § 310 Abs. 1 Rn. 22.

⁵⁰² Basedow a.a.O., Rn. 8.

⁵⁰³ BGHZ 174, 1 = NJW 2007, 3774 (zu § 309 Nr. 7b) BGB); BGHZ 90, 273 = NJW 1984, 1750 (erstmalige Statuierung der „Indizwirkung“, damals für § 11 Nr. 10f AGBG – Verkürzung von Gewährleistungsfristen); Basedow, in MüKo BGB, § 310 Rn. 8 a.E.; Ulmer/Schäfer, in U/B/H, AGB-Recht, § 310 Rn. 27; a.A. Wolf, in W/L/P, AGB-Recht, § 310 Abs. 1 Rn. 22.

⁵⁰⁴ Wurmnest, in MüKo BGB § 307 Rn. 77; zur Kritik an der Indizwirkung s.u. S. 111f.

⁵⁰⁵ Dafür Basedow, in MüKo BGB, § 310 Rn. 9; Wolf, in W/L/P, AGB-Recht, § 310 Abs. 1 Rn. 24, 26; a.A. Dauner-Lieb/Axer, ZIP 2010, 309 (312).

eine einheitliche Auffassung der Beteiligten zugrundeliegt⁵⁰⁶. Dies wird nur für einen kleinen Ausschnitt von Gewohnheiten in vereinzelt Branchen angenommen⁵⁰⁷. So soll es z.B. im Weinhandel ein Handelsbrauch sein, dass für Lieferung und Zahlung der Wohnsitz des Verkäufers Erfüllungsort ist⁵⁰⁸. Im Holzhandel gelten die „Tegernseer Gebräuche“ als Handelsbrauch⁵⁰⁹. Sie sehen unter anderem vor, dass der Verkäufer nicht für Fehler oder deren Folgen aufkommen muss, die sich bei oder nach der Verarbeitung von äußerlich gesundem Holz zeigen, es sei denn, er hat den Fehler arglistig verschwiegen, ihn trifft ein grobes Verschulden daran oder er hat die Haftung dafür ausdrücklich übernommen⁵¹⁰. Im Stahlhandel ist es Handelsbrauch, dass eine Mehr- oder Wenigerlieferung von bis zu 10% erlaubt ist, wenn die vereinbarte Menge mit eine „Circa“-Angabe versehen war⁵¹¹. In vielen Fällen ist jedoch kein Handelsbrauch feststellbar oder haben AGB Handelsbräuche weitgehend abgelöst, sodass die Vorschrift „leerläuft“⁵¹².

Die Stimmen aus der Literatur, die § 310 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. nicht als Verweis auf § 346 HGB sehen, führen unter anderem an, dass die Entstehungsgeschichte des Differenzierungsgebots dafür keine Anhaltspunkte bietet⁵¹³. Die sprachliche Nähe zu § 346 HGB sei während des Gesetzgebungsverfahrens nicht einmal thematisiert worden⁵¹⁴. Jedenfalls sei es nötig, die Norm mit neuem Leben zu füllen. Daher wird teilweise zur Klärung dieser Frage eine Umformulierung des Gesetzes vorgeschlagen, die auch „Gegebenheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs“⁵¹⁵ oder „Bedürfnisse des unternehmerischen Verkehrs“⁵¹⁶ berücksichtigen soll, s. näher dazu unten bei „Reformdiskussion“.

⁵⁰⁶ Hopt, in *Baumbach/Hopt*, HGB, § 346 Rn. 1.

⁵⁰⁷ Vgl. die Beispiele bei Hopt a.a.O., Rn. 15.

⁵⁰⁸ Ebd.

⁵⁰⁹ Ebd. (Fn. 507).

⁵¹⁰ § 7 der Tegernseer Gebräuche, abrufbar unter http://www.schweiger-holz.de/fileadmin/user_upload/PDFs/Tegernseer-Gebraeuche.pdf, zuletzt abgerufen am 20.03.2013.

⁵¹¹ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1991, 679 (679).

⁵¹² Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658 (2659).

⁵¹³ Dies, a.a.O., S. 2658; Dauner-Lieb/Axer, ZIP 2010, 309 (312).

⁵¹⁴ Dauner-Lieb/Axer a.a.O., S. 312.

⁵¹⁵ K. P. Berger, NJW 2010, 465 (469).

⁵¹⁶ Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658 (2658).

c) Insbesondere: § 309 Nr. 7 b) BGB

§ 309 Nr. 7 b) BGB betrifft die hier schwerpunktmäßig untersuchten Haftungsbeschränkungen und –ausschlüsse. Nach dieser Vorschrift darf der Verwender seine Haftung für Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung (seiner selbst, seiner gesetzlichen Vertreter oder seiner Erfüllungsgehilfen) beruhen, in AGB weder ausschließen noch begrenzen. Diese Regel gilt im unternehmerischen Geschäftsverkehr nicht unmittelbar, ist jedoch von der oben beschriebenen Indizwirkung erfasst⁵¹⁷: Verstößt eine Klausel gegen das Verbot, ist das ein Indiz dafür, dass sie im unternehmerischen Geschäftsverkehr den Vertragspartner des Unternehmers unangemessen benachteiligt im Sinne von § 307 BGB (und daher unwirksam ist). Bei der Abwägung im Rahmen von § 307 BGB darf stärker als im B2C-Verkehr berücksichtigt werden, wer den Schaden eher hätte verhindern oder die Verwirklichung des Risikos besser hätte versichern können⁵¹⁸. Auch die Möglichkeit einer Tarifwahl kann dazu führen, dass die Klausel (ausnahmsweise) doch angemessen ist⁵¹⁹. Jedoch gilt auch hier die Kardinalpflichtenrechtsprechung des BGH: Wenn die Klausel eine vertragswesentliche Pflicht betrifft, droht sie die Erreichung des Vertragszwecks zu gefährden und ist deshalb in der Regel mit dem Aushöhlungsverbot in § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unvereinbar. Deshalb hält der BGH (vollständige) Haftungsausschlüsse für grobe Fahrlässigkeit auch im unternehmerischen Verkehr für unwirksam⁵²⁰. Das gilt grundsätzlich auch in dem Fall, dass der Verwender die Haftung für Verletzungen dieser Pflicht durch einfache Erfüllungsgehilfen ausschließen möchte⁵²¹.

Eine Ausnahme bildet folgender Einzelfall: Der BGH entschied für einen Werftvertrag, dass die Haftung für grobe Fahrlässigkeit einfacher Erfüllungsgehilfen des Werftunternehmers wirksam ausgeschlossen worden

⁵¹⁷ BGH NJW 2007, 3774; 1999, 1031; *Arnold*, ZGS 2004, 16 (16); *K. P. Berger*, in P/W/W, § 309 Rn. 47; *Palandt/Grüneberg*, § 309 Rn. 55; a.A. *Dammann*, in W/L/P, AGB-Recht, § 309 Nr. 7 Rn. 135.

⁵¹⁸ *Christensen*, in U/B/H, AGB-Recht, § 309 Nr. 7 Rn. 44; *Wurmnest*, in MüKo BGB, § 309 Rn. 34.

⁵¹⁹ *Wurmnest* ebda.

⁵²⁰ BGHZ 20, 164; 70, 364; BGH NJW 2007, 3774; zustimmend *Christensen*, in U/B/H, AGB-Recht, § 309 Nr. 7 BGB Rn. 43.

⁵²¹ *Wurmnest*, in MüKo BGB, § 309 Rn. 36.

sei⁵²². Der Ausschluss galt auch für wesentliche Vertragspflichten. Allerdings gründete der BGH seine Entscheidung auf die „branchentypischen Besonderheiten eines Werftwerkvertrages und die im Geschäftsverkehr zwischen Schiffseigner und Werftunternehmer bestehende Branchenübung“⁵²³. So könne die Besatzung des Schiffes in der Werft Einfluss auf die vorgenommenen Arbeiten nehmen. Außerdem sei es branchenüblich, dass Schiffe praktisch lückenlos kaskoversichert seien (so auch im vorliegenden Fall), sodass der Werftunternehmer sich billigerweise darauf einstellen dürfe⁵²⁴. Dies ist allerdings ein Einzelfall geblieben; abstrakte Voraussetzungen lassen sich hieraus nicht ableiten.

3. Reformdiskussion

Die Rechtsprechung zum AGB-Recht im unternehmerischen Verkehr ist in jüngerer Zeit in die Kritik geraten. Es wird bemängelt, sie lege zu starre Prüfungsmaßstäbe an, sodass das deutsche Recht für Unternehmer zu einem Standortnachteil werde⁵²⁵. Dabei schlagen die Kritiker Änderungen im Wesentlichen an zwei „Stellschrauben“ der AGB-Kontrolle vor, nämlich zum einen am AGB-Begriff und zum anderen an der Inhaltskontrolle. Die Diskussion zum AGB-Begriff, insbesondere zum „Aushandeln“, wurde oben bereits dargestellt (S. 37ff). Hinsichtlich der Inhaltskontrolle wird bemängelt, dass die Indizwirkung der Klauselverbote zu weit in den Vordergrund getreten sei; es müsse wieder deutlicher eine Einzelfallwertung erfolgen⁵²⁶. Dabei müsse auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche mehr Rücksicht genommen, d.h. das Differenzierungsgebot des § 310 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. BGB stärker ausgefüllt werden⁵²⁷. Die Diskussion ist in der Literatur bereits ausufernd geführt worden, sodass hier nur einzelne Strömungen aufgezeigt werden sollen.

⁵²² BGH NJW 1988, 1785 (1787).

⁵²³ BGH a.a.O. (Ls.).

⁵²⁴ BGH a.a.O., S. 1787.

⁵²⁵ *Basedow*, in MüKo BGB, § 310 Rn. 14; *Steinberger*, BB 2009, M1 (Die Erste Seite).

⁵²⁶ *K. P. Berger*, ZIP 2006, 2149; *Kessel/Stomps*, BB 2009, 2666 (2668); *Lenkaitis/Löwisch*, ZIP 2009, 441 (445); *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658; *Paulusch*, DWiR 1992, 182 (184); (2660); *Wolf*, in W/L/P, AGB-Recht, § 310 Abs. 1 Rn. 22 („keine generelle Indizwirkung“).

⁵²⁷ *Acker/Bopp*, BauR 2009, 1040 (1049); *Berger/Kleine*, BB 2007, 2137 (2139); *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309 (314); *Kessel/Stomps*, BB 2009, 2666 (2672f., 2675); *Koch*, BB 2010, 1810 (1814).

Um einen „stärkeren Differenzierungsimpuls“⁵²⁸ zu erreichen, werden Neuformulierungen des Gesetzes vorgeschlagen, die auch „*Gegebenheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs*“⁵²⁹ oder „*Bedürfnisse des unternehmerischen Verkehrs*“⁵³⁰ berücksichtigen. Die Rechtsprechung solle dann bei der Anwendung der Vorschrift in Verbindung mit § 307 BGB in Betracht ziehen, wie branchenüblich die fragliche Klausel sei, ob sonstige branchentypische Umstände oder wirtschaftliche Vorteile anderer Art dem Vertragspartner des Verwenders zugutekommen, des Weiteren wie zumutbar und üblich es sei, dass der Vertragspartner das betreffende Risiko versichere oder ob er es beherrschen bzw. vermeiden könne, sowie ob er die Kosten und Lasten weitergeben könne⁵³¹. *K.P. Berger* schlägt weiterhin vor, auch die Unternehmensgröße zu berücksichtigen, d.h. zwischen kleinen und mittelgroßen/großen Unternehmen zu differenzieren und dies bei der Frage der Angemessenheit zu berücksichtigen⁵³².

Ein weiterer Vorschlag stammt von der bereits oben beschriebenen „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr“⁵³³. Die Initiatoren schlagen vor, § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB wie folgt neu zu fassen:

„§ 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 findet in den Fällen des Satzes 1 mit der Maßgabe Anwendung, dass lediglich solche Vertragsbestimmungen unangemessen sind, die entgegen den Geboten von Treu und Glauben von gängiger unternehmerischer Praxis grob abweichen“⁵³⁴.

Der Vorschlag ist angelehnt an Art. II 9:405 des „Draft Common Frame of Reference“ (DCFR) für ein Europäisches Vertragsrecht („*A term in a contract*

⁵²⁸ *K.P. Berger*, NJW 2010, 465 (469).

⁵²⁹ Ebda.

⁵³⁰ *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658 (2658).

⁵³¹ *K. P. Berger*, NJW 2010, 465 (470).

⁵³² *K. P. Berger* ebda., ähnlich *Wolf*, in *W/L/P*, AGB-Recht, § 307 Rn. 197; *Fuchs*, in *U/B/H*, AGB-Recht, § 307 Rn. 374, 379; *Kessel/Stomps*, BB 2009, 2666 (2671f); ausdrücklich gegen jede Gruppenbildung v. *Westphalen*, NJW 2009, 2977 (2981).

⁵³³ http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/vertragsrecht/agb_recht_initiative/, zuletzt abgerufen am 19.03.2012.

⁵³⁴ http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/vertragsrecht/agb_recht_initiative/gesetzgebungsvorschlaege/index.html, zuletzt abgerufen am 19.03.2012.

*between businesses is unfair [...] if [...] its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing”)*⁵³⁵.

Es gibt auch Stimmen, die keine Änderung des Gesetzes wollen, aber dennoch eine Änderung der Rechtsprechung in einigen Punkten befürworten⁵³⁶. So schlägt *Basedow* vor, eine Indizwirkung der Klauselverbote nur dann anzunehmen, wenn ein den B2C-Fällen vergleichbares Kontrollbedürfnis bestehe. Dies sei dann der Fall, wenn der Vertrag außerhalb des Kernbereichs der gewerblichen Tätigkeit des Verwenders liege, z.B. bei einem verarbeitenden Unternehmen, das einen einmaligen Vertrag mit einem Caterer über die Veranstaltung eines Firmenjubiläums schließe⁵³⁷.

Schließlich gibt es auch Gegenstimmen, die mit den bisherigen Ergebnissen der Rechtsprechung einverstanden sind und keine Reform wollen⁵³⁸. Die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB seien nichts anderes als Ausformulierungen der Generalklausel des § 307 BGB und beruhten auf der vor Inkrafttreten des AGBG geltenden Rechtsprechung, die maßgeblich den kaufmännischen Geschäftsverkehr betroffen habe⁵³⁹. Die geltende Rechtsprechung stelle ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen Vertragsgestaltungsfreiheit einerseits und Schutz gegenüber Fremdbestimmung andererseits sicher⁵⁴⁰. Hier sei verwiesen auf die oben bereits angesprochenen Vertreter mittelständischer Unternehmen, die eine gemeinsame Erklärung für das geltende AGB-Recht abgegeben haben⁵⁴¹.

4. Inhaltskontrolle durch die Unklarheitenregel, § 305c Abs. 2 BGB

Die Unklarheitenregel ist ebenfalls dazu geeignet, dass die Richter – bewusst oder unbewusst – in die Risikoverteilung des Vertrages eingreifen. Dies sei an folgender Entscheidung des OLG Stuttgart⁵⁴² zur Rügepflicht nach § 377 HGB verdeutlicht:

⁵³⁵ v. *Bar/Clive*, Art. II 9:405.

⁵³⁶ *Basedow*, in MüKo BGB, § 310 Rn. 18; *Fuchs*, in U/B/H, AGB-Recht, § 307 Rn. 373 („stärkere Differenzierung nach branchen-, gruppen- und geschäftstypischen Regelungserfordernissen“).

⁵³⁷ *Basedow*, ebda; ebenfalls abstellend auf den „Kernbereich“ *Wolf*, in W/L/P, AGB-Recht, § 307 Rn. 198.

⁵³⁸ *Palandt/Grüneberg*, § 307 Rn. 38; v. *Westphalen*, NJW 2009, 2977.

⁵³⁹ v. *Westphalen*, BB 2011, 195 (199).

⁵⁴⁰ *Ders.*, NJW 2009, 2977 (2982).

⁵⁴¹ Oben Fn. 187.

⁵⁴² OLG Stuttgart ZIP 1983, 1468.

In den AGB eines Verkäufers war eine Rügepflicht entsprechend § 377 Abs. 1 HGB geregelt. Eine Genehmigungsfiktion entsprechend § 377 Abs. 2, 3 HGB sah die Klausel aber nicht vor. Der Käufer nahm die gekaufte Maschine zunächst ab, ohne einen Mangel zu rügen. Nach der Regelung des § 377 Abs. 2, 3 HGB hätte dies dazu geführt, dass die Sache – unter den Voraussetzungen dieser Norm - als genehmigt gegolten hätte. Das OLG Stuttgart urteilte aber, die Genehmigungsfiktion sei „als abbedungen anzusehen“, jedenfalls sei die Vertragsbedingung nach der Unklarheitenregel⁵⁴³ in diesem Sinne auszulegen⁵⁴⁴. Zulasten des Herstellers (hier gleichzeitig der Verkäufer) wurde also die Ware als nicht genehmigt angesehen. Damit wird in die Risikoverteilung des Vertrags eingegriffen, da der Verkäufer sein Risiko, dass die Ware mangelhaft sein könnte, nur für den Zeitraum eingepreist hat, in dem noch mit einer Rüge zu rechnen war⁵⁴⁵.

III. Schweiz

1. Keine offene Inhaltskontrolle

In der Schweiz unterliegen Allgemeine Geschäftsbedingungen, die nur zwischen Unternehmern verwendet werden, weiterhin *keiner* offenen Inhaltskontrolle. Im B2C-Verkehr wurde dagegen jüngst eine offene Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen eingeführt. Der neue Art. 8 UWG trat am 01.07.2012 in Kraft und lautet:

*„Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.“*⁵⁴⁶

⁵⁴³ Damals § 5 AGBG, heute § 305c Abs. 2 BGB.

⁵⁴⁴ OLG Stuttgart (Fn. 542), S. 1469.

⁵⁴⁵ Eine Analyse des Nutzens von Rügeobligationen findet sich unten auf S. 157f.

⁵⁴⁶ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Änderung vom 17. Juni 2011, AS 2011, 4909.

Bei einem Verstoß gegen Art. 8 UWG ist die Klausel wegen ihrer Widerrechtlichkeit (Art. 2 UWG und Art. 20 OR) als nichtig anzusehen⁵⁴⁷. Das Gericht beachtet die Nichtigkeit von Amts wegen⁵⁴⁸.

Die Vorschrift ist für die vorliegende Untersuchung interessant, da sie ursprünglich auch auf Verträge zwischen Unternehmern anwendbar sein sollte⁵⁴⁹. Dies wurde allerdings vom Nationalrat abgelehnt, da dadurch die Vertragsfreiheit zu stark eingeschränkt würde. Die Beschränkung auf Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Konsumenten wurde als Kompromiss vorgeschlagen⁵⁵⁰, der sich schließlich durchsetzte.

Dieser eingeschränkte Anwendungsbereich wird von jüngeren Literaturbeiträgen kritisiert⁵⁵¹. Die Einschränkung habe "schweizweit zu einem Aufbäumen zum Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) geführt"⁵⁵². Der Kompromiss, auf den sich National- und Ständerat geeinigt haben, sei ungenügend begründet, nämlich nur mit seiner vermittelnden Funktion⁵⁵³. Es wird sogar überlegt, ob die Gerichte die Vorschrift womöglich entgegen deren Wortlaut auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr anwenden würden⁵⁵⁴.

Ob das Bundesgericht die Kritik zum Anlass nehmen wird, die neue Vorschrift tatsächlich über ihren Wortlaut hinaus anzuwenden, dürfte fraglich sein. Jedoch zeigt die Überlegung, dass die rechtspolitische Diskussion zum neuen Art. 8 UWG möglicherweise fortgesetzt wird.

Bisher bleibt es jedoch dabei, dass AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr lediglich „verdeckt“ inhaltlich kontrolliert werden, nämlich über die Unklarheiten- und die Ungewöhnlichkeitsregel. In der Literatur wird die „verdeckte Inhaltskontrolle“ durch das Bundesgericht über die Unklarheiten- und

⁵⁴⁷ Schmid, ZBJV 2012, 1 (16); Hess/Ruckstuhl, AJP 2012, 1188 (1209).

⁵⁴⁸ Schmid, ebda.

⁵⁴⁹ BBl. 2009, 6193 (6193f), abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2009/6193.pdf>, zuletzt abgerufen am 20.03.2013.

⁵⁵⁰ Vgl. Amtliches Bulletin, Vierzehnte Sitzung des Ständerats am 17.03.11, abrufbar unter http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4817/350673/d_s_4817_350673_350685.htm, zuletzt abgerufen am 20.03.2013.

⁵⁵¹ Schmid, ZBJV 2012, 1 (19); Ehle/Brunschweiler, RIW 2012, 262 (267ff.); Wildhaber, SJZ 2011, 537 (541ff.).

⁵⁵² Ehle/Brunschweiler a.a.O., S. 268.

⁵⁵³ Wildhaber, SJZ 2011, 537 (541).

⁵⁵⁴ Ehle/Brunschweiler, RIW 2012, 262 (269).

die Ungewöhnlichkeitsregel kritisiert⁵⁵⁵. Bemängelt wird insbesondere, dass der Verwender durch einen besonderen Hinweis und/oder eine sprachlich eindeutige Formulierung letztlich doch Klauseln jeglichen Inhalts durchsetzen könne⁵⁵⁶. Des Weiteren habe die Rechtsprechung die Neigung gezeigt, eine Unklarheit auch bei sprachlich eindeutigen, aber inhaltlich unangemessenen Klauseln anzunehmen⁵⁵⁷. Sie habe durch die Ungewöhnlichkeits- und die Unklarheitenregel "gelegentlich nicht nur Ungewöhnliches und Unklares, sondern auch Unbilliges eliminiert"⁵⁵⁸.

2. Verdeckte Inhaltskontrolle durch die Ungewöhnlichkeitsregel

Nach der Ungewöhnlichkeitsregel werden Klauseln nicht in den Vertrag einbezogen, wenn der Vertragspartner des AGB-Verwenders schwach oder unerfahren ist und die Klausel subjektiv und objektiv ungewöhnlich ist⁵⁵⁹. Dieses Instrument setzt also bereits auf der Einbeziehungsebene an, dient aber eigentlich der inhaltlichen Überprüfung einzelner Klauseln, wie sich zeigen wird.

a) Schwäche oder Unerfahrenheit des Vertragspartners

Der Vertragspartner muss in wirtschaftlicher oder anderer Hinsicht „schwächer“ als der AGB-Verwender sein, um sich auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen zu können⁵⁶⁰. Diese „Schwäche“ könne sich aus geringer(er) wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ergeben⁵⁶¹. Daraus lassen sich wenige konkrete Schlussfolgerungen ziehen, z.B. was wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ausmacht oder welche anderen Konstellationen noch einschlägig sein sollen. Denkbar wäre es, für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auf Faktoren wie Gewinn, Umsatz oder Anzahl der Beschäftigten abzustellen, aber auch auf das spezifische Know-How, das von der Größe des Unternehmens unabhängig ist⁵⁶². Hierzu macht das

⁵⁵⁵ *Baudenbacher*, ZBJV 1987, 505, 517; *Bauer*, S. 54ff.; *Brunner*, ZSR 1999, 303, 328; *Koller*, AJP 2008, 943ff.

⁵⁵⁶ *Baudenbacher*, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle, S. 17 (37 a.E.); *Koller* a.a.O., S. 946; *Pichonnaz*, FS Tercier, S. 377 (391); *Schwenzer*, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, S. 99 (109, 112); *Wildhaber*, SJZ 2011, 537 (538).

⁵⁵⁷ *Baudenbacher*, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle, S. 17 (42).

⁵⁵⁸ *Merz*, S. 137 (157).

⁵⁵⁹ BGE 109 II 452 E. 5a, BGE 135 III 1 E. 2.1.

⁵⁶⁰ Vgl. BGE 109 II 452 E. 5a.

⁵⁶¹ Ebd.

⁵⁶² Vgl. *Stolz*, KMU, S. 24, für die „Verhandlungsmacht“ des Unternehmens.

Bundesgericht keine Ausführungen. Schon greifbarer ist die Feststellung des Bundesgerichts, eine „schwache“ Position des Vertragspartners könne sich *auch* daraus ergeben, dass er gezwungen sei, Allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil er andernfalls kaum einen Vertragspartner finde⁵⁶³. Eine solche Konstellation ist einerseits denkbar, wenn der AGB-Verwender eine monopolähnliche Stellung innehat oder wenn andererseits fast alle Konkurrenten des Verwenders gleiche Konditionen stellen und der Vertragspartner deshalb keine echte Wahl hat⁵⁶⁴ (sog. faktisches Konditionenkartell⁵⁶⁵).

Letzteres hatte das BG beim sog. „Hühnerstall-Fall“⁵⁶⁶, dem „Leading Case zur Ungewöhnlichkeitsregel“⁵⁶⁷, im Blick. Ein Landwirtschaftsunternehmen beauftragte ein Bauunternehmen mit dem Bau eines Hühnerstalls für etwa 20.000 Legehennen. Der Vertrag enthielt einen Verweis auf die Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA). Diese sehen u.a. vor, dass der Bauleiter (hier: der vom Bauherrn beauftragte Architekt) weitreichende Vertretungsbefugnisse hat. Sie gelten nicht nur bezüglich der eigentlichen Bauleitung, sondern auch in finanzieller Hinsicht: Erkennt der Bauleiter die Schlussabrechnung an, wirkt dies nach Art. 154 III, 155 I SIA-Norm 118 verpflichtend für den Bauherrn. Im „Hühnerstall-Fall“ erkannte der Bauleiter ohne Rücksprache mit dem Bauherrn eine Schlussabrechnung an, die knapp 60% über der ursprünglich vereinbarten Summe lag. Der Bauherr verweigerte die vollständige Zahlung. Die Wirksamkeit der Klausel war daher streitentscheidend.

Das Urteil nimmt Bezug darauf, dass die Verwendung dieser Klausel in der Baubranche üblich und es deshalb denkbar sei, dass die andere Partei den Vertrag, gleich mit welchem Partner, nur unter Akzeptanz dieser Klausel hätte schließen können⁵⁶⁸. Ob ein solches faktisches Konditionenkartell auf Bauunternehmerseite bestehe, sei aber in der Vorinstanz nicht festgestellt

⁵⁶³ BGE 109 II 452 E. 5a, Hervorhebung hinzugefügt.

⁵⁶⁴ Koller, AJP 2008, 943, 948.

⁵⁶⁵ Koller a.a.O., S. 949; s.a. Baudenbacher, ZBJV 1987, 505, 512.

⁵⁶⁶ BG, Urteil vom 06.12.1983, BGE 109 II 452.

⁵⁶⁷ Koller, AJP 2008, 943, 948 a.E.

⁵⁶⁸ Vgl. BGE 109 II 452 E. 5a.

worden und der Bauherr habe sich auch nicht darauf berufen⁵⁶⁹. Deshalb ließ sich seine „Schwäche“ im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel nicht bejahen. Deshalb sei entscheidend, ob der Bauherr als „unerfahrene“ Partei gelten könne. Dazu führt das BG aus, nicht jede „versierte“ Handelsfirma verfüge zwangsläufig über Bau Erfahrung und kenne darum die Usancen des Baugewerbes. Aus dem Gesellschaftszweck der Beklagten, der gemäß Handelsregistereintrag in der Produktion von und dem Handel mit landwirtschaftlichen Gütern, insbesondere im Betrieb von Geflügelfarmen bestehe, sei nichts Gegenteiliges abzuleiten⁵⁷⁰. Das bedeutet, ein Unternehmer einer bestimmten Branche muss die Gepflogenheiten einer anderen Branche nicht kennen. Er kann sich auf den Schutz der Ungewöhnlichkeitsregel berufen, weil er in ihrem Sinne „unerfahren“ ist.

b) Subjektive Ungewöhnlichkeit der Klausel

Grundsätzlich wird die Ungewöhnlichkeit individuell beurteilt. Es kommt darauf an, ob die Klausel aus der Sicht des Zustimmungenden zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ungewöhnlich ist⁵⁷¹. Im Hühnerstall-Fall folgerte das BG aus der (Bau-)Branchenunerfahrenheit des Landwirtschaftsunternehmers, dass die fragliche Norm ihm unbekannt und damit für ihn ungewöhnlich sei. Für eine unerfahrene oder schwächere Vertragspartei kann das Spektrum ungewöhnlicher Klauseln aber naturgemäß breit sein. So eröffnen sich weitreichende Möglichkeiten des Zustimmungenden, eine Klausel im Streitfall nachträglich als ungewöhnlich zu bezeichnen. Als Korrektiv wird daher das Vertrauensprinzip herangezogen: auf die individuellen Vorstellungen des Zustimmungenden wird nur insoweit abgestellt, als sie für die Gegenpartei erkennbar sind⁵⁷². Ob die Gegenpartei die Ungewöhnlichkeit erkennen konnte, wird unter dem Stichwort „objektive Ungewöhnlichkeit“ geprüft, s. im Anschluss. Subjektiv ungewöhnlich kann eine Klausel allerdings dann nicht sein, wenn der AGB-Verwender den Vertragspartner bei Vertragsschluss gesondert auf sie hingewiesen hat. Ein solcher gesonderter Hinweis schließt die Berufung des

⁵⁶⁹ Ebd.

⁵⁷⁰ A.a.O. (Fn. 568) E. 5d.

⁵⁷¹ A.a.O. E. 5b.

⁵⁷² Vgl. BGE 109 II 452 E. 5b.

Vertragspartners auf die Ungewöhnlichkeitsregel aus⁵⁷³. Das führt dazu, dass der Verwender der AGB sich der Ungewöhnlichkeitsregel leicht entziehen kann⁵⁷⁴.

c) Objektive Ungewöhnlichkeit der Klausel

(aa) Leitbild des dispositiven Rechts

Die individuellen Vorstellungen des Vertragspartners müssen für den AGB-Verwender bei Vertragsschluss erkennbar gewesen sein, wenn der Vertragspartner sich auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen will. Erkennbar sind sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts für den Verwender dann, wenn die Klausel auch objektiv ungewöhnlich ist. Unter „(un-)gewöhnlich“ ist allerdings entgegen der allgemeinen Bedeutung dieses Attributs nicht zu verstehen, wie üblich oder verbreitet die fragliche Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dieser Branche ist. Sondern entscheidend ist nach der Rechtsprechung des BG, ob die Klausel objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweist. Unter geschäftsfremden Bestimmungen sind solche zu verstehen, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Maße aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen⁵⁷⁵. Hier wird deutlich, dass (auch) das dispositive Recht als Leitbild herangezogen wird. Mit den Worten *Kollers*: „Ungewöhnlich ist auch das, was alle tun, falls es das fragliche Geschäft wesentlich verändert“⁵⁷⁶. Dahinter steht der oben erläuterte Gedanke, dass die Parteien sich nach Maßgabe des Vertrauensprinzips nur auf solche Inhalte einigen können, mit denen die zustimmende Vertragspartei rechnen musste. Mit Bedingungen, die den Vertragscharakter wesentlich verändern oder die in erheblichem Maße vom gesetzlichen Vertragsleitbild abweichen, muss sie nach der Rechtsprechung des BG nicht rechnen. Auch sei eine Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel um so eher berechtigt, je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt⁵⁷⁷.

⁵⁷³ Vgl. BGE 119 II 443 E 1a; *Schmid*, in *Gauch/Schluep/Schmid*, OR AT Rn. 1142 a.E.; *Pichonnaz*, FS Tercier, S. 377 (391).

⁵⁷⁴ *Bauer*, S. 46; *Baudenbacher*, ZBJV 1987, 505 (517); *ders.*, Ansätze zu einer AGB Kontrolle, S. 17 (37 a.E.); *Kramer*, SJZ 1985, 17, 33 (21); *Wildhaber*, SJZ 2011, 537 (538).

⁵⁷⁵ BGE 109 II 452 E. 5b; *Kramer/Schmidlin*, BK OR, Art. 1 Rn. 205.

⁵⁷⁶ *Koller*, AJP 2008, 943, 950.

⁵⁷⁷ BGE 109 II 452 E. 4 aE; 119 II 443 E. 1a aE.

(bb) Werkvertrag

Im Hühnerstall-Fall beurteilte das BG die streitige Norm als ungewöhnlich. Es führte aus: „*Da mit einem Werkvertrag die gegenseitigen Rechte und Pflichten von Bauherrn und Unternehmer geregelt werden sollen, erscheint eine damit der Bauleitung verliehene umfassende Vollmacht in bezug auf finanzielle Verpflichtungen verglichen mit dem gesetzlichen Vertragstypus als geschäftsfremd.*“⁵⁷⁸ Maßgeblich ist also, dass die fragliche Norm die Rechte und Pflichten der Parteien stark abweichend davon verteilt, wie dies im gesetzlichen Vertragstypus des Werkvertrags vorgesehen ist. Auf die Frage, wie stark die Norm die Rechtsstellung des Bauherrn beeinträchtigt und (auch) deshalb ungewöhnlich ist, geht das BG nicht mehr explizit ein.

(cc) Kaufvertrag

Soweit ersichtlich, gibt es auf dem Gebiet des Kaufrechts keine gerichtliche Entscheidung, die direkt als Beispiel dafür gelten könnte, welche Klauseln im B2B-Verkehr als objektiv ungewöhnlich beurteilt werden. Eine Dreieckskonstellation betrifft der sog. „Backofenfall“, den das Bundesgericht im Jahr 1983 zu entscheiden hatte⁵⁷⁹; auf diesen wird unten bei „Gewährleistungsausschlüsse und ihre Grenzen“ (S. 124 ff.) eingegangen. Im Folgenden werden die Grundzüge der Verkäuferhaftung skizziert, um das Leitbild des schweizerischen Kaufrechts deutlich zu machen.

(1) Sachmangelbegriff

Der Kauf beweglicher Sachen ist in den Artt. 187-215 OR geregelt⁵⁸⁰. Nach Art. 197 Abs. 1 OR haftet der Verkäufer dem Käufer für die zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache und dafür, dass sie keine körperlichen oder rechtlichen Mängel hat, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Ein solcher Mangel liegt vor, wenn der Ist-Zustand der Sache negativ von ihrem Soll-Zustand

⁵⁷⁸ BGE 109 II 452 E. 5b.

⁵⁷⁹ BGE 109 II 213.

⁵⁸⁰ Auszüge aus dem Obligationenrecht finden sich im Anhang, S. 175ff.

abweicht⁵⁸¹. Dabei ist der zwischen den Parteien vereinbarte vorausgesetzte Gebrauch maßgebend⁵⁸²; dieser kann sich aus dem Vertrag selbst, aus der Art des Kaufgegenstandes oder aus den Vertragsverhandlungen ergeben⁵⁸³. In den Grundzügen stimmt der schweizerische Sachmangelbegriff mit dem Mangelbegriff in § 434 BGB überein⁵⁸⁴.

(2) Untersuchungs- und Rügepflicht

Der Käufer kann, auch wenn er Verbraucher ist, seine Rechte wegen einer mangelhaften Sache nur geltend machen, wenn er den Mangel rechtzeitig gerügt hat. Er muss gemäß Art. 201 Abs. 1 OR die Kaufsache auf ihre Beschaffenheit prüfen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, und dem Verkäufer etwaige Mängel sofort anzeigen. „Im kaufmännischen Verkehr ist die Untersuchung ‚übungsgemäss‘ und damit ausreichend, wenn sie - entsprechend der Natur des Kaufgegenstandes – ‚den Handelsgebräuchen in der betreffenden Branche‘ genügt“⁵⁸⁵. Für die Anzeige des Mangels werden dem Käufer zwei bis drei Tage Zeit eingeräumt, damit sie (noch) rechtzeitig ist⁵⁸⁶. Sie muss so detailliert sein, dass der Verkäufer sie als Beanstandung als solche sowie Art, Inhalt und Umfang der Beanstandung erkennen kann⁵⁸⁷. Versäumt der Käufer die rechtzeitige Rüge, so gilt die gekaufte Sache als genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der „übungsgemäßen Untersuchung“ nicht erkennbar waren, Art. 201 Abs. 2 OR.

(3) Rechtsbehelfe

(i) Wandelung

Ist die Sache mangelhaft und hat der Käufer dies rechtzeitig gerügt, kann er nach seiner Wahl mit der Wandelungsklage den Kauf rückgängig machen oder mit der Minderungsklage Ersatz des Minderwertes der Sache fordern, Art. 205 Abs. 1 OR.

⁵⁸¹ Kren Kostkiewicz, in Handkommentar OR, Art. 197 Rn. 3.

⁵⁸² Lörtscher, S. 56.

⁵⁸³ Kren Kostkiewicz, in Handkommentar OR, Art. 197 Rn. 7.

⁵⁸⁴ Voser/Boog, RIW 2009, 126 (129).

⁵⁸⁵ Gut/Higi/Schönle, Zürcher Kommentar OR, Art. 201 Rn. 16a, mit Verweis auf BGE 76 II 221, 223.

⁵⁸⁶ Lörtscher, S. 58; Gut/Higi/Schönle a.a.O., Rn. 29a.

⁵⁸⁷ Voser/Boog, RIW 2009, 126 (130), s. a. Kren Kostkiewicz in Handkommentar OR, Art. 201 Rn. 3: Rüge muss „sachgerecht substanziiert sein, damit sich der Verkäufer ein Bild machen und die Mängel nachprüfen kann“.

Die Wandelung ist die Rückgängigmachung des Kaufvertrags und entspricht „im Wesentlichen“ dem Rücktritt nach § 437 Nr. 3 BGB⁵⁸⁸. Allerdings ist es dem Käufer nicht uneingeschränkt möglich, den Kauf rückgängig zu machen: Der Richter kann dem Käufer gemäß Art. 205 Abs. 2 OR auch bei einer Wandelungsklage nur Ersatz des Minderwertes zugestehen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen. Nach der Rechtsprechung ist die Wandelung „z.B. [...] dann gerechtfertigt, wenn der Vertragsgegenstand aufgrund des Mangels unbrauchbar ist, oder wenn die Reparaturkosten bzw. der Minderwert hoch sind und sich der Mangel dennoch nicht gänzlich beseitigen lässt. Ist aber dem Käufer das Aufrechterhalten des Vertrages zumutbar, und sprechen die Interessen des Verkäufers gegen eine Rückabwicklung des Vertrages, ist bloss auf Minderung zu erkennen“⁵⁸⁹.

Zu beachten ist, dass dem Käufer sowohl beim Stück- als auch beim Gattungskauf kein gesetzliches Nachbesserungsrecht zusteht⁵⁹⁰. Ein solches wird ihm aber häufig in den AGB des Verkäufers eingeräumt⁵⁹¹. Eine Nachlieferung kann der Käufer aber nach Art. 206 Abs. 1 OR bei einem Gattungskauf verlangen.

(ii) Schadensersatz

Möchte der Käufer zusätzlich Schadensersatz fordern, ist zunächst zu unterscheiden, ob er daneben die Wandelung verlangt hat (Rückgängigmachung des Vertrags) oder nur Minderung oder Nachlieferung.

Im Falle der Wandelung kann der Käufer Schadensersatz über zwei Vorschriften erlangen. Zum einen muss der Verkäufer ihm „den Schaden [...] ersetzen, der dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist“, Art. 208 Abs. 2 OR. Diese sog. „Kausalhaftung“ ist verschuldensunabhängig und bildet daher eine Ausnahme im Haftungssystem⁵⁹². Weiteren, nur mittelbaren, Schaden muss der Verkäufer auch ersetzen,

⁵⁸⁸ Voser/Boog ebda.

⁵⁸⁹ BGE 124 III 456 (461), E.4 d) aa).

⁵⁹⁰ Kren Kostkiewicz, in Handkommentar OR, Art. 205 Rn. 6; Lörtscher, S. 74; Voser/Boog, RIW 2009, 126 (130). Teile der Lehre sprechen dem Käufer aber ein gesetzliches Nachbesserungsrecht jedenfalls bei leicht behebbaren Mängeln zu, vgl. Kren Kostkiewicz, in Handkommentar OR, Art. 205 Rn. 6 m.w.N.

⁵⁹¹ Lörtscher, S. 74.

⁵⁹² Lautenbach, S. 84.

allerdings nur, sofern er nicht beweist, dass ihn kein Verschulden trifft, Art. 208 Abs. 3 OR (Kausalhaftung mit Exkulpationsmöglichkeit)⁵⁹³. Das Bundesgericht hat sich in einer Entscheidung vom November 2006 intensiv mit der Abgrenzung des unmittelbaren vom mittelbaren Schaden nach Art. 208 Abs. 2, 3 OR auseinandergesetzt⁵⁹⁴. Es „folgte der in der Lehre mehrheitlich vertretenen Meinung, wonach bezüglich der Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden auf die Länge der Kausalkette zwischen der Lieferung mangelhafter Ware und dem eingetretenen Schaden abzustellen ist. [...] Wo im Einzelfall die Abgrenzung vorzunehmen ist, beurteile sich nach richterlichem Ermessen“⁵⁹⁵. Ein unmittelbarer Schaden liege demnach vor, „wenn er ohne Hinzutreten weiterer Schadensursachen in direkter Folge der fehlerhaften Lieferung entsteht. Dagegen wird mittelbarer Schaden durch zusätzliche Teilursachen verursacht, so dass er als entfernte Folge der Lieferung mangelhafter Ware“ eingestuft werden kann⁵⁹⁶.

Daraus folgt, dass der Verkäufer auch solche Schäden verschuldensunabhängig ersetzen muss, die nicht an der Sache selber, sondern an anderen Sachen entstehen. Entgangener Gewinn wird dagegen nicht als unmittelbarer, sondern als mittelbarer Schaden bewertet⁵⁹⁷. Das heißt, er muss gem. Art. 208 Abs. 3 OR verschuldensabhängig vom Verkäufer ersetzt werden. Gleiches gilt – wohl – für Schäden, die der Käufer dadurch erleidet, dass Dritte ihn auf Schadensersatz in Anspruch nehmen⁵⁹⁸.

Für den Fall, dass der Käufer nur eine Minderung oder eine Nachlieferung verlangt, gibt es keine gesetzliche Regelung für einen evtl. daneben bestehenden Schadensersatzanspruch⁵⁹⁹. Es ist anerkannt, dass er einen solchen besitzt, jedoch umstritten, ob diese Ansprüche von den allgemeinen Regeln von Art. 97

⁵⁹³ Ders., S. 85.

⁵⁹⁴ BGE 133 III 257; s.a. die Urteilsbesprechung von Keller, AJP 2007, 780.

⁵⁹⁵ Keller, a.a.O., S. 780.

⁵⁹⁶ BGE 133 III 257 E.2.5.4 mit Bezug auf E.2.5.1.

⁵⁹⁷ BGE 79 II 376 E. 2, 380 f.; Kren Kostkiewicz, in Handkommentar OR, Art. 208 Rn. 5; Lörtscher, S. 61.

⁵⁹⁸ Voser/Boog, RIW 2009, 126 (130).

⁵⁹⁹ Lautenbach, S. 85.

OR beherrscht sind⁶⁰⁰ oder ob eine analoge Anwendung von Art. 208 II OR zulässig ist⁶⁰¹. Art. 97 OR lautet: „Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle“. Ob die Frage dogmatisch richtig über Art. 97 OR oder über Art. 208 II OR zu lösen ist, kann hier dahinstehen. Denn beide Vorschriften fordern praktisch, dass der Verkäufer Schadensersatz leisten muss, wenn er nicht beweisen kann, dass ihn kein Verschulden trifft.

(4) Gewährleistungsausschlüsse und ihre Grenzen

(i) Grundsatz: Abdingbarkeit

Von den genannten Vorschriften können die Parteien durch Vereinbarung abweichen, d.h. sie können die Gewährleistung und damit verbundene Schadensersatzansprüche begrenzen oder ausschließen, wie der Rückschluss aus Art. 199 OR zeigt.

Ein Beispiel für einen wirksamen Gewährleistungs- und Verrechnungsausschluss, allerdings zwischen dem Käufer und der den Kauf finanzierenden Bank, bildet der sogenannte „Backofenfall“⁶⁰². Ein Bäckermeister kaufte einen Backofen von der Z-AG. Der Kauf wurde größtenteils finanziert von der Bank X, die sich daher von der Verkäuferin deren restliche Kaufpreiszahlungsansprüche und die Eigentumsrechte abtreten ließ. Die Gewährleistungsverpflichtungen verblieben indes bei der Verkäuferin. Die AGB sahen vor, dass der Käufer nicht berechtigt sein würde, Ratenzahlungen gegenüber der Bank wegen Mängeln des Ofens zu verweigern oder Gewährleistungsansprüche mit der Ratenforderung zu verrechnen. Das heißt, etwaige Gewährleistungsansprüche musste der Käufer gegenüber der Verkäuferin geltend machen, die Ratenzahlungen gegenüber der Bank aber auch im Fall eines Mangels erbringen.

Das Bundesgericht hielt die Klauseln, die den Gewährleistungs- und Verrechnungsausschluss vorsahen, für wirksam. Es argumentierte, ein solcher Ausschluss der Gewährleistung und der Verrechnung wäre gegenüber dem

⁶⁰⁰ So das BG, BGE 133 III 135 E. 2.4.1; 107 II 161 E.7; 82 II 136 E. 3.

⁶⁰¹ Lautenbach, S. 85; Lörtscher, S. 59.

⁶⁰² BGE 109 II 213.

Verkäufer wirksam gewesen und müsse es daher auch gegenüber dem Erwerber der Kaufpreisforderung sein⁶⁰³. Die Klausel sei „kaufsrechtlich nicht zu beanstanden“; aus ihr gehe unzweideutig hervor, dass der Kläger auf eine Gewährspflicht der Beklagten verzichtet habe⁶⁰⁴. Auch, dass die Verkäuferin ihre Gewährleistungspflichten gegenüber dem Käufer nicht erfüllt hatte, ließ das Gericht den Fall nicht anders beurteilen. Aus dem Vertrag gehe nicht hervor, dass der Käufer unter diesen Umständen seine Zahlung an die Bank verweigern dürfe⁶⁰⁵.

(ii) Grenze: Arglistiges Verschweigen

Auf den Ausschluss der Gewährleistung und damit verbundener Schadensersatzansprüche können sich die Parteien nicht berufen, wenn „der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat“, Art. 199 OR. Diese Vorschrift ist nicht abdingbar⁶⁰⁶. Von der Rechtsprechung wurde bisher offengelassen, ob Art. 199 OR eine erschöpfende Regelung für Haftungsausschlüsse für Sachmängel im Kaufrecht darstellt, oder ob daneben auch Artt. 100, 101 OR Anwendung finden⁶⁰⁷. Die Beantwortung dieser Frage ist für die vorliegende Untersuchung wichtig, da sie darüber entscheidet, welche gesetzliche Schranke für Haftungsbeschränkungen in Kaufverträgen gilt: (erst) arglistiges Verschweigen des Mangels oder (jede) grobe Fahrlässigkeit?

(iii) Verhältnis von Art. 199 OR zu Artt. 100, 101 OR

Nach Art. 100 Abs. 1 OR sind im Voraus getroffene Verabredungen nichtig, die die Haftung für rechtswidrige Absicht (Vorsatz) oder grobe Fahrlässigkeit ausschließen. Aber auch die Haftung für leichtes Verschulden kann unter Umständen nicht abbedungen werden. Gemäß Art. 100 Abs. 2 OR können im Voraus getroffene Verabredungen dieses Inhalts nach Ermessen des Richters als nichtig betrachtet werden, wenn der Verzichtende zur Zeit seiner Erklärung im Dienst des anderen Teiles stand, oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem

⁶⁰³ BGE 109 II 213, 215 (E.1a).

⁶⁰⁴ BG ebda.

⁶⁰⁵ BG ebda.

⁶⁰⁶ Voser/Boog, RIW 2009, 126 (128).

⁶⁰⁷ Urteil des Bundesgerichts 4C.242/2004 vom 06.10.2004, nicht publiziert (abrufbar auf swisslex.ch); BGE 107 II 161, 166f.; Gut/Higi/Schönle, Zürcher Kommentar OR, Art. 199 Rn. 27; Kren Kostkiewicz in Handkommentar OR, Art. 199 Rn. 6.

Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt. Dazu gehören z.B. Banken⁶⁰⁸, aber auch Bahnen, Post, Wasser- und Gaswerke⁶⁰⁹. Die Vorschriften gelten sowohl im unternehmerischen Geschäftsverkehr und Verbrauchergeschäftsverkehr als auch für Allgemeine Geschäftsbedingungen und individuell ausgehandelte Verträge.

Würde man Art. 100, 101 OR neben Art. 199 OR anwenden, führte dies zu folgender Rechtslage: Der Verkäufer könnte seine Haftung für Schäden wegbedingen, die er leicht fahrlässig verursacht hat und die er sonst nach Art. 208 Abs. 3 oder Art. 97 OR ersetzen müsste⁶¹⁰. Für „Hilfspersonen“ im Sinne von Art. 101 Abs. 1 OR könnte er sogar die Haftung für jeden Verschuldensgrad ausschließen, Art. 101 Abs. 2 OR. Dies gilt nicht, wenn sein Vertragspartner zur Zeit der Erklärung in seinem (des Verkäufers) Dienst steht, oder die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt, Art. 101 Abs. 3 OR – dann kann auch für Hilfspersonen nur die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden. *„In beiden Fällen verlieren jedoch solche vertraglichen Haftungsbefreiungen ausnahmsweise ihre Gültigkeit, wenn der Verkäufer (bei juristischen Personen seine Organe), seine Stellvertreter i.S. von Art. 32 oder seine ‚Hilfspersonen‘ i.S. von Art. 101 Abs. 1 bei Übergabe der Kaufsache [...] die Gewährsmängel i.S. von Art. 199 arglistig verschweigen“*⁶¹¹.

Würde Art. 199 OR als erschöpfend angesehen, bedeutete dies, dass der Verkäufer die Gewährleistung für Sachmängel und damit verbundene Schadensersatzansprüche ausschließen könnte, solange er nicht dem Käufer dabei arglistig einen Mangel verschwiegen hätte. Das heißt, für Schäden, die auf einem Sachmangel beruhten, könnte der Verkäufer seine Haftung für grob fahrlässige Verursachung ausschließen. Eine Haftung, die dagegen nicht auf einem Sachmangel (sondern z.B. auf Verzug) beruhte, würde am Maßstab der

⁶⁰⁸ BGE 112 II 450 E. 6a.

⁶⁰⁹ Kren Kostkiewicz in Handkommentar OR, Art. 100 Rn. 7.

⁶¹⁰ Gut/Higi/Schönle, Zürcher Kommentar OR, Art. 199 Rn. 34.

⁶¹¹ Ebda.

Art. 100, 101 OR gemessen⁶¹², d.h. ein Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit wäre nicht möglich.

Diese Abweichung wird denn auch als Hauptargument dafür herangezogen, Art. 199 OR neben den Art. 100, 101 OR anzuwenden: Es verletze die „Widerspruchsfreiheit im Wertesystem“, wenn ein unterschiedlicher Maßstab angelegt würde an Freizeichnungen vom Schadensersatz für Gewährsmängel einerseits und Freizeichnungen von einer Haftung für andere Verletzungen des Kaufvertrags andererseits⁶¹³. Des Weiteren sei Art. 199 OR kein Spezialtatbestand zu Art. 100 OR: Art. 100 OR betreffe die Wegbedingung der Haftung unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens, wohingegen Art. 199 nichts zum Verschulden sage, sondern nur dazu, wie sich die Kenntnis des Mangels auf Verkäuferseite auf dessen Haftung auswirke⁶¹⁴. Dies seien unterschiedliche Kriterien⁶¹⁵. Hinzu komme, dass Art. 100 Abs. 3 OR einen Vorbehalt für Vorschriften über den Versicherungsvertrag enthält. Argumentiert wird daher, dass ein solcher Vorbehalt auch für das Kaufrecht enthalten sein müsste, wenn Art. 199 OR nicht neben Art. 100 OR anwendbar hätte sein sollen⁶¹⁶. Die „neuere Lehrmeinung“ spricht sich deshalb dafür aus, die Vorschriften nebeneinander anzuwenden⁶¹⁷.

Im Anschluss an diese Argumente wird auch für die vorliegende Arbeit davon ausgegangen, dass die Vorschriften nebeneinander anwendbar sind. Daraus folgt, dass der Verkäufer seine Haftung nur für solche Schäden ausschließen kann, die auf seiner leichten bis mittleren Fahrlässigkeit beruhen. Dem Ausschluss der Haftung gleichzustellen sind Haftungsbeschränkungen; auch sie sind nach der Schranke des Art. 100 Abs. 1 OR nur für leichte bis mittlere Fahrlässigkeit wirksam⁶¹⁸.

⁶¹² Gut/Higi/Schönle a.a.O, Rn. 30.

⁶¹³ Gut/Higi/Schönle a.a.O., Rn. 31; ähnlich Lörtscher, S. 146.

⁶¹⁴ Lörtscher, S. 145.

⁶¹⁵ Lörtscher ebda.

⁶¹⁶ Gut/Higi/Schönle, Zürcher Kommentar OR, Art. 199 Rn. 32.

⁶¹⁷ Gut/Higi/Schönle a.a.O., Rn. 27 m. w. N.; Lörtscher, S. 146; a.A. Kren Kostkiewicz in Handkommentar OR, Art. 199 Rn. 6.

⁶¹⁸ BGE 102 II 256, 264 (E.4); Schmid/Emmenegger, in Gauch/Schluemp/Schmid, OR AT, Rn. 2825; Voser/Boog, RIW 2009, 126 (134).

Das Bundesgericht hat in einem obiter dictum entschieden, dass bei Haftungsausschlüssen für leichte Fahrlässigkeit der Käufer die Beweislast dafür trägt, dass grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Verkäufers vorgelegen hat⁶¹⁹. Diese Rechtsprechung ist allerdings bisher nicht bestätigt worden und wird von einem Teil der Lehre kritisiert⁶²⁰.

(5) Verjährung

Gewährleistungsansprüche aus dem Kaufvertrag verjähren seit dem 1. Januar 2013 innerhalb von zwei Jahren ab Ablieferung der Sache, Art. 210 Abs. 1 OR⁶²¹ (statt wie vorher innerhalb eines Jahres). Gegenüber Verbrauchern kann die Verjährungsfrist nicht verkürzt werden, Art. 210 Abs. 4 lit. c) OR.

3. Verdeckte Inhaltskontrolle durch die Unklarheitenregel

Auch die Unklarheitenregel wird vom Bundesgericht bisweilen dazu genutzt, Haftungsklauseln inhaltlich zu korrigieren⁶²². Teilweise wird in der Literatur sogar vertreten, die Auslegung sei im schweizerischen Recht der „Hauptansatzpunkt für die Kontrolle von Freizeichnungsklauseln“⁶²³.

Ein Beispiel für einen inhaltlichen Eingriff der Richter in die vertragliche Risikoordnung bildet folgender Fall⁶²⁴: Beim Verkauf eines Autos hatte der gewerbliche Verkäufer die Gewährleistung wie folgt formuliert: *„Garantie. Die Verkäuferin leistet für neue Fahrzeuge volle Fabrikgarantie laut spezieller Garantiepolice; weitergehende Ansprüche sind ausgeschlossen“*. Eine Garantiepolice wurde dem Käufer jedoch nicht ausgehändigt. Das Bundesgericht erwog: *„Die anschliessende Bemerkung, ‚weitergehende Ansprüche‘ seien ausgeschlossen, ist zu allgemein gehalten, als dass sie den Käufer auf den Gedanken bringen müsste, mit der Zustimmung zu der vom Verkäufer*

⁶¹⁹ Voser/Boog a.a.O., S. 135, m. Verweis auf BGE 107 II 161 E. 7c.

⁶²⁰ Ebda.

⁶²¹ Änderung des Obligationenrechts vom 16. März 2012, abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/as/2012/5415.pdf>, zuletzt aufgerufen am 06.02.2013.

⁶²² Bauer, S. 55; Baudenbacher, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle, S. 17 (42); Schwenger, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, S. 99 (111).

⁶²³ Schwenger a.a.O., S. 109.

⁶²⁴ BGE 91 II 344. Der Fall betrifft den B2C-Verkehr; ein vergleichbarer Fall aus dem B2B-Verkehr war nicht zu finden. Allerdings scheint Brunner davon auszugehen, dass die Wertung im B2B-Verkehr gleich ausfiele, da er die Fallgestaltung im CISG-Kommentar aufgreift: C. Brunner, in UN-Kaufrecht, Art. 39 Rn. 24.

vorgeschlagenen Regelung begeben er sich seiner gesetzlichen Gewährleistungsansprüche [...] Die im vorliegenden Vertrag gebrauchte allgemeine Wendung des Ausschlusses ‚weitergehender Ansprüche‘ ist nicht eindeutig. [...] [Sie] ist daher mangels der erforderlichen Klarheit nicht als Verzicht des Klägers auf die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche aufzufassen“⁶²⁵. Das überzeugt methodisch nicht. Denn der Begriff „weitergehende Ansprüche“ ist zwar sehr weit, doch ist er damit nicht gleichzeitig unklar. Im Gegenteil macht er auch dem flüchtigen Leser deutlich, dass alle anderen Ansprüche ausgeschlossen sein sollen.

IV. England

Auch die englische Rechtsordnung⁶²⁶ geht vom Grundsatz der Privatautonomie aus⁶²⁷. Die Verantwortung des einzelnen für die Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse wird dort sogar höher eingestuft als in Deutschland. Dies wird besonders für den Rechtsverkehr zwischen Unternehmern betont. Das dünne „Rinnsal“ von Entscheidungen zu Haftungsausschlussklauseln im B2B-Verkehr suggeriere, dass Unternehmer die besten Richter darüber seien, was in einem Vertrag zwischen Parteien gleicher Verhandlungsmacht als fair und vernünftig anzusehen sei⁶²⁸. Auf der anderen Seite kenne das englische Recht im Allgemeinen keinen dem deutschen „Treu und Glauben“ vergleichbaren Grundsatz; es überlasse es den Parteien selber, die Vor- und Nachteile ihres Geschäfts zu bewerten⁶²⁹. Diese Aussage beansprucht allerdings nur eingeschränkt Geltung. Insbesondere der Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA) stellt auch für den unternehmerischen Geschäftsverkehr bestimmte Anforderungen an einen „fairen und vernünftigen“ Vertragsinhalt, s. u. S. 130ff. Die Einführung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag ist nach englischer Tradition ein vernünftiges Mittel zur rationellen, rechtssicheren

⁶²⁵ BGE 91 II 344 (348f.), E.2a und b.

⁶²⁶ Englisch Recht gilt unmittelbar in England und Wales, nicht dagegen in Nordirland, Schottland, den Kanalinseln und der Isle of Man; v. *Bernstorff*, Einführung, S. 1.

⁶²⁷ v. *Bernstorff* a.a.O., S. 85.

⁶²⁸ *Beale*, in *Chitty on Contracts*, Vol. I, Vorwort zu Kapitel 14 (S. X).

⁶²⁹ *Whincup*, Rn. 7.56: "[T]here is no overall requirement of fair dealing in English contract law, though there may be such a requirement in particular instances. The law's basic attitude is that it is for the parties themselves to decide on the advantages or disadvantages of their bargain".

Vertragsgestaltung⁶³⁰. Alle Klauseln werden nach den Regeln des *common law* in den Vertrag einbezogen (S. 75ff) und ausgelegt (S. 89ff). Welchen inhaltlichen Hürden sich eine Vertragsklausel im englischen Recht stellen muss, hängt maßgeblich davon ab, in welcher Art von Vertrag sie steht und was sie regelt.

1. Der Reasonableness-Test im Unfair Contract Terms Act 1977

a) Funktionsweise des UCTA

Der Unfair Contract Terms Act 1977 betrifft nicht jegliche Arten von Klauseln, sondern hauptsächlich Haftungsbeschränkungs- und -ausschlussklauseln⁶³¹, weshalb die Bezeichnung als „Unfair Contract Terms Act“ insoweit irreführend sein kann⁶³². Voraussetzung für die Anwendbarkeit des UCTA ist stets, dass mit der fraglichen Klausel eine „*business liability*“ beschränkt werden soll, sec. 1(3) UCTA. Das kann für den hier relevanten unternehmerischen Geschäftsverkehr vorausgesetzt werden.

Der UCTA funktioniert nach einem zweigleisigen Mechanismus: er unterscheidet zwischen zwei Kategorien von Klauseln, die man als „schwarze“ und „graue Liste“ bezeichnen kann⁶³³. Insoweit ist er vergleichbar mit den §§ 308, 309 BGB. Einige Klauseln sind absolut unwirksam („schwarze Liste“), andere sind nur unwirksam, wenn sie nicht „reasonable“ sind („graue Liste“). Im unternehmerischen Geschäftsverkehr fallen nur wenige Klauseln unter die „schwarze Liste“ des UCTA. Absolut unwirksam ist es nach sec. 2(1) UCTA, die Haftung für Tötung oder Verletzung anderer auszuschließen oder zu beschränken, die mindestens auf einem Sorgfaltspflichtenverstoß beruht (*negligence*, vgl. die Definition in sec. 1(1) UCTA). Daneben sind lediglich Ausschlüsse oder Beschränkungen der Haftung für Rechtsmängel absolut unwirksam: bei Kauf- oder Mietkaufverträgen (*hire purchase*) kann die Haftung für Rechtsmängel gem. sec. 6(1) UCTA nicht beschränkt werden⁶³⁴.

⁶³⁰ Jansen, ZEuP 2010, 69 (71).

⁶³¹ S. zum Anwendungsbereich Weick, ZHR 1981, 68 (70ff).

⁶³² Whincup, Rn. 7.17: „*the title of the Act is a little misleading*“.

⁶³³ Zu den Begriffen „schwarze“ bzw. „graue Liste“ s. Jansen, ZEuP 2010, 69 (102).

⁶³⁴ S. Weick, ZHR 1981, 68 (73).

Folgende Klauseln sind der grauen Liste zuzuordnen und damit im unternehmerischen Geschäftsverkehr wirksam, wenn sie „reasonable“ (vernünftig, angemessen) sind:

- Haftungsbeschränkungen für Sach- und Vermögensschäden⁶³⁵ (sec. 2(2) UCTA),
- Haftungsbeschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁶³⁶ für Vertragsverletzungen („*breach of contract*“, sec. 3(2)(a) UCTA),
- Vorbehalte in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, etwas gänzlich anderes als Erfüllung anzubieten, als das, was vernünftigerweise erwartet werden kann bzw. Vorbehalte, ganz oder teilweise gar nicht zu erfüllen (sec. 3(2)(b) UCTA),
- Haftungsbeschränkungen für Sachmängel in (individuell ausgehandelten oder standardisierten) Kauf- oder Mietkaufverträgen (sec. 6(3) i.V.m. (2) UCTA).

Hinzu kommen Haftungsbeschränkungen in anderen Verträgen, die weder Kauf noch Mietkauf sind, bei denen aber dennoch Besitz oder Eigentum an Gütern übergehen (secs. 7(3) und (4) UCTA; z.B. Tausch, Leihe), sowie Haftungsbeschränkungen für die Verletzung vorvertraglicher Informations- oder Aufklärungspflichten (*misrepresentation*)⁶³⁷, sec. 8 UCTA. Hier soll das Augenmerk besonders auf Haftungsbeschränkungen in Kaufverträgen liegen.

b) Anforderungen an „Reasonableness“

Mit „Reasonableness“ (Angemessenheit) hat der englische Gesetzgeber den „schillerndsten Begriff der englischen Rechtssprache“⁶³⁸ zum Maßstab gewählt. In sec. 11 UCTA wird daher genauer bestimmt, wie eine Klausel darauf hin geprüft wird, ob sie „reasonable“ ist. Zunächst bestimmt sec. 11(1) UCTA, dass es „fair und angemessen“ gewesen sein muss, die Klausel in den Vertrag einzubringen. Dies beurteilt sich nach den Umständen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt waren oder vernünftigerweise hätten bekannt sein

⁶³⁵ Vgl. Weick a.a.O., S. 74.

⁶³⁶ S.o. unter „AGB-Begriff nach sec. 3 UCTA“.

⁶³⁷ S. dazu z.B. Benjamin's Sale of Goods, Rn. 10-008f, 13-054ff.; v. Bernstorff, Einführung, S. 61f.

⁶³⁸ Weick, ZHR 1981, 68 (77).

müssen („*the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made*“). Soweit es sich um eine Haftungsbeschränkung nach sec. 6 UCTA handelt, also Haftungsbeschränkungen für Sachmängel in Kaufverträgen, verweist sec. 11(2) UCTA auf Schedule 2 des Acts. Dort sind Richtlinien („*guidelines*“) für die Anwendung des Reasonableness-Tests aufgestellt. Zu berücksichtigen sind danach:

- a) „Die Stärke der Verhandlungspositionen der Parteien, wobei u.a. Alternativen zur Befriedigung der Bedürfnisse des Kunden berücksichtigt werden sollen,
- b) ob der Kunde einen Anreiz erhielt, die betreffende Klausel zu akzeptieren, oder ob er die Möglichkeit hatte, mit einer anderen Person einen ähnlichen Vertrag ohne diese Klausel zu schließen,
- c) ob der Kunde die Klausel und ihren Inhalt kannte oder vernünftigerweise kennen musste (wobei u.a. Branchengebräuche und bisherige Geschäftsbeziehungen der Parteien zu berücksichtigen sind),
- d) ob es für den Fall, dass die Haftungsbeschränkung / der Haftungsausschluss an die Nichterfüllung bestimmter Bedingungen durch den Kunden geknüpft ist, angemessen war, die Erfüllung dieser Bedingungen zu erwarten,
- e) ob die Waren aufgrund einer besonderen Bestellung des Kunden hergestellt oder bearbeitet wurden“⁶³⁹.

Der Schedule gilt ergänzend⁶⁴⁰ zu sec. 11(4) UCTA bei summenmäßigen Haftungsbeschränkungen: Für die Angemessenheit (Reasonableness) einer Klausel, mit der eine Person ihre Haftung auf eine bestimmte Summe beschränken möchte, muss insbesondere beachtet werden, mit welchen Mitteln die Person rechnen konnte, um die Haftungssumme zu begleichen und inwieweit sie sich dafür versichern konnte, sec. 11(4) UCTA. *Thompson* nimmt an, dass mit

⁶³⁹ Übersetzung, außer bei d), übernommen von *Weick* a.a.O (Fn. 638), S. 77.

⁶⁴⁰ Obwohl dies nicht ausdrücklich vorgesehen ist, können die Richtlinien in Schedule 2 auch bei summenmäßigen Haftungsbeschränkungen in AGB berücksichtigt werden, *Salvage Association v CAP Financial Services Limited* [1995] F.S.R. 654 (674).

dieser Erwägung vor allem Ein-Mann-Unternehmen geschützt werden sollten, deren Mittel im Verhältnis zum übernommenen Haftungsrisiko gering ausfallen können⁶⁴¹. Ähnlich fragt *Reynolds*, wo die Grenze der verfügbaren Mittel einer Person liege – gehöre beispielsweise der hypothetische Erlös aus dem Verkauf des gesamten Unternehmens dazu⁶⁴²? Diese Frage wird jedoch nicht beantwortet; die Faktoren in sec. 11(4) UCTA seien jedenfalls als nicht abschließend zu betrachten.

Die Beweislast für die Reasonableness liegt bei demjenigen, der sich auf sie beruft, sec. 11(5) UCTA.

c) Beispiele aus dem Kaufrecht

(aa) Verschuldensunabhängige Pflicht zum Schadensersatz

Wenn der Verkäufer seine Haftung nicht ausschließt oder beschränkt, muss er grundsätzlich verschuldensunabhängig Schadensersatz leisten, sollte die Sache mangelhaft sein⁶⁴³. Im Rahmen dieser Arbeit relevant sind insbesondere die Pflichten des Verkäufers aus secs. 13 bis 15 des Sale of Goods Act 1979 (SoGA), die durch den Act als in den Kaufvertrag einbezogen gelten (sog. „implied terms“). Denn die Haftung für diese Pflichten kann nach sec. 6(3) UCTA nur ausgeschlossen oder beschränkt werden, soweit dies angemessen (reasonable) ist. Sec. 13 SoGA bestimmt, dass die verkaufte Sache mit ihrer Beschreibung übereinstimmen muss („correspondance with description“). Nach Sec. 14(2) SoGA⁶⁴⁴ muss die Sache außerdem von zufriedenstellender Qualität („satisfactory quality“) sein. Sie hat sich für alle Zwecke zu eignen, für die sie üblicherweise genutzt wird, sec. 14(2B) SoGA. Macht der Käufer dem Verkäufer bei Vertragsschluss ausdrücklich oder stillschweigend klar, dass er die Sache für einen bestimmten Zweck kauft, so muss sie sich auch hierfür eignen, sec. 14(3) SoGA. Sec. 15 SoGA bestimmt schließlich, dass die Sache, wenn sie anhand eines Musters („sample“) verkauft wurde, diesem qualitativ entsprechen muss und

⁶⁴¹ *Thompson*, Rn. 60.

⁶⁴² Benjamin's Sale of Goods, Rn. 13-091.

⁶⁴³ *v. Bernstorff*, Einführung, S. 80.

⁶⁴⁴ Sec. 14(1) SoGA bestimmt, dass es außer sec. 14 und 15 SoGA (vorbehaltlich anderer Gesetze) keine weiteren „implied terms“ hinsichtlich Qualität und Eignung für den vertraglich vorausgesetzten Zweck einer Kaufsache gibt.

keine Mängel aufweisen darf, die eine Untersuchung des Musters nicht gezeigt hätte.

Die Pflichten des Verkäufers aus sec. 13-15 SoGA sind alle „conditions“⁶⁴⁵, d.h. ihre Verletzung führt grundsätzlich dazu, dass der Käufer den Vertrag aufheben, die Sache zurückgeben bzw. ihre Annahme verweigern und/oder Schadensersatz fordern kann⁶⁴⁶. Ist die Verletzung allerdings so geringfügig, dass es unangemessen („unreasonable“) wäre, die Annahme der Sache zu verweigern, bestimmt sec. 15A SoGA für den unternehmerischen Geschäftsverkehr, dass die Pflichtverletzung in diesem Fall nur als Verletzung einer „warranty“ gilt, d.h. einer nicht-wesentlichen Pflicht⁶⁴⁷. Der Verkäufer kann daher (wie stets bei der Verletzung einer „warranty“) nur Schadensersatz fordern⁶⁴⁸.

(bb) Umfang des Schadensersatzes

Auch Klauseln, die an der Bemessung und damit dem Umfang des Schadensersatzes etwas ändern, dürften als Beschränkung der Haftung für die Pflichten aus secs. 13-15 SoGA gesehen werden und damit nur wirksam sein, wenn sie angemessen („reasonable“) sind⁶⁴⁹.

Der Schadensersatz soll den Käufer so stellen, als sei der Vertrag erfüllt worden (sog. „expectation damages“)⁶⁵⁰. Kann der Käufer nicht nachweisen, dass ihm nach dieser Betrachtungsweise ein Schaden entstanden ist, hat er die Möglichkeit, „reliance damages“ einzuklagen⁶⁵¹. Dazu gehören Auslagen, die er im Vertrauen auf die Erfüllung des Vertrags getätigt hat, aber auch Verluste, die ihm dadurch entstanden sind, dass er keine Möglichkeit hatte, den Vertrag zu vergleichbaren Bedingungen mit jemand anderem zu schließen⁶⁵².

Der Schadensersatz wird stets nach dem Marktpreis am Tag der Pflichtverletzung bemessen (sog. „market rule“)⁶⁵³. So statuiert z.B. sec. 51(3) SoGA für die

⁶⁴⁵ Vgl. sec. 13(1A), 14(5A), 15(3) SoGA.

⁶⁴⁶ *Bridge*, Rn. 2.22; *Guest/Reynolds/Beale*, in *Chitty on Contracts*, Vol. II, Rn. 43-044; *v. Bernstorff*, Einführung, S. 81; *Jewell*, Rn. 99.

⁶⁴⁷ *v. Bernstorff*, Einführung, S. 81.

⁶⁴⁸ *v. Bernstorff*, ebda; *Jewell*, Rn. 99.

⁶⁴⁹ S. auch unten die „einzelnen Entscheidungen“, die alle unter anderem summenmäßige Haftungsbeschränkungen zum Gegenstand hatten.

⁶⁵⁰ *Bridge*, Rn. 10.40.

⁶⁵¹ *Ders.*, Rn. 10.41.

⁶⁵² Ebda.

⁶⁵³ *Bridge*, Rn. 10.46.

Nichtlieferung des Verkäufers, wenn ein Markt für die fragliche Ware vorhanden sei, bemesse sich der Schadensersatz bis auf weiteres nach dem Unterschied zwischen dem Vertragspreis und dem Marktpreis der Ware. Dabei sei der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem sie hätte geliefert werden sollen, oder, wenn ein solcher nicht vereinbart war, zu dem Zeitpunkt, zu dem der Verkäufer sich weigerte, sie zu liefern⁶⁵⁴.

Bei der Ermittlung des Schadensersatzes ist nach der sog. „*Hadley v. Baxendale*“-Regel⁶⁵⁵ zu berücksichtigen, wie „entfernt“ („remote“) die Schäden sind: Der Schädiger muss solche Schäden ersetzen, die seine Pflichtverletzung nach dem normalen Verlauf der Dinge verursacht hat (1. Alt.)⁶⁵⁶, oder mit denen die Parteien sonst nach den besonderen Umständen des Falles rechnen mussten (2. Alt.)⁶⁵⁷. Dazu gehört es auch, wenn der Käufer dem Verkäufer bestimmte Umstände des Vertragsschlusses offenlegt⁶⁵⁸, z.B. den Zweck, zu dem die Kaufsache verwendet werden soll. Folgeschäden, die nach der 2. Alternative der „*Hadley v Baxendale*“-Regel geltend gemacht werden können, sind ausdrücklich auch unter dem Sale of Goods Act einklagbar⁶⁵⁹: „*Nothing in this Act affects the right of the buyer or the seller to recover interest or special damages in any case where by law interest or special damages may be recoverable [...]*“, sec. 54 SoGA.

⁶⁵⁴ *“Where there is an available market for the goods in question the measure of damages is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price of the goods at the time or times when they ought to have been delivered or (if no time was fixed) at the time of the refusal to deliver”* (Sec. 51(3) SoGA).

⁶⁵⁵ *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Exchequer Reports (im Folgenden: Ex.) 341 (355f.).

⁶⁵⁶ Im Sale of Goods Act z.B. wiedergespiegelt durch sec. 51(2): *“The measure of damages is the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the seller’s breach of contract.”*, s.a. sec. 53(2).

⁶⁵⁷ *“[T]he damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it”*, (1854) 9 Ex. 341 (355).

⁶⁵⁸ Vgl. *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Ex. 341 (355aE): *„[I]f the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated”*.

⁶⁵⁹ Nach *Bridge*, Rn. 10.47.

(cc) Entgangener Gewinn

Besteht der Schaden aus entgangenem Gewinn, ist zu unterscheiden: Ist der Gewinn dadurch entgangen, dass der Käufer die Sache nicht weiterverkaufen konnte? Dann kann er den Schaden ersetzt verlangen, wenn der Verkäufer wusste, dass die Sache weiterverkauft werden sollte und dass eine Pflichtverletzung seinerseits wahrscheinlich dazu führen würde, dass der Käufer seinen Gewinn aus dem Weiterverkauf verlieren würde⁶⁶⁰. Ist der Gewinn anderweitig entgangen, z.B. weil die mangelhafte Kaufsache den Produktionsbetrieb des Käufers störte und zu einem Betriebsausfallschaden führte, so reicht es bereits aus, wenn der Verkäufer vernünftigerweise hätte bedenken müssen, dass der Käufer die Sache nutzen wollte, um Gewinn zu erzielen⁶⁶¹. Allerdings kann der Käufer nicht unbegrenzt Schadensersatz für entgangenen Gewinn verlangen. Ihn trifft eine Schadensminderungspflicht, z.B. dahingehend, die defekte Sache rechtzeitig gegen eine andere auszutauschen⁶⁶².

2. Einzelne Entscheidungen

a) George Mitchell v Finney Lock Seeds

Eine wichtige Entscheidung zur Angemessenheit von Haftungsbeschränkungen bildet der Fall *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v. Finney Lock Seeds Ltd* aus dem Jahr 1983⁶⁶³. Es war der erste Fall, in dem das House of Lords eine gesetzliche Regelung anwandte, die die Angemessenheit einer Haftungsklausel forderte⁶⁶⁴.

Die Firma George Mitchell Ltd hatte von Finney Lock Seeds Ltd eine bestimmte Art von Saatgut zum Preis von £ 201,60 bestellt. Tatsächlich geliefert wurde allerdings Saatgut, das nicht nur anderer Art, sondern auch von minderwertiger Qualität war. Die daraus gezogenen Pflanzen waren wertlos und mussten vernichtet werden. George Mitchell verlangte von Finney Lock Seeds insgesamt £ 61.513,78 Schadensersatz (alle Kosten für den Anbau der Saat sowie entgangener Gewinn) und £ 30.756,00 Zinsen. Er bekam vom House of Lords Recht.

⁶⁶⁰ S. *Guest/Reynolds/Beale*, in *Chitty on Contracts*, Vol. II, Rn. 43-455.

⁶⁶¹ *Guest/Reynolds/Beale*, in *Chitty on Contracts*, Vol. II, Rn. 43-453.

⁶⁶² *Bridge*, Rn. 10.43; *Guest/Reynolds/Beale*, in *Chitty on Contracts*, Vol. II, Rn. 43-453, 43-462.

⁶⁶³ [1983] 2 A.C. 803.

⁶⁶⁴ S. Lord Bridge of Harwich auf S. 815 der Entscheidung.

Streitentscheidend waren Haftungsausschlussklauseln von Finney Lock Seeds. Sie bezogen sich auf „Saatgut, das verkauft wurde oder werden sollte“ sowie auf „geliefertes Saatgut“. Die Verkäufer beschränkten darin ihre Gewährleistung sowie ihre Haftung für jegliche Schäden auf den Ersatz des Kaufpreises oder die Lieferung neuen Saatguts⁶⁶⁵.

Die Klauseln wurden von den Richtern unter zwei Aspekten untersucht: Zum einen, ob sie nach Common-Law-Auslegung überhaupt den vorliegenden Fall erfassten. Zum anderen, ob sie dem damals einschlägigen⁶⁶⁶ Angemessenheits-Erfordernis aus sec. 55 des Sale of Goods Acts genügten. Diese Vorschrift sah vor, dass es „fair und reasonable“ vom Verwender sein muss, sich auf die Klausel zu berufen. Gegenüber dem UCTA stand also nicht Vordergrund, ob es angemessen war, die Klausel *einzubringen*, sondern ob es angemessen war, sich auf sie zu *berufen*. Der Beurteilungszeitpunkt war demnach zeitlich nach hinten verlagert, und es konnten weitere Aspekte des Verkäuferverhaltens mit in Betracht bezogen werden (so auch im vorliegenden Fall). Sec. 55(5) SoGA enthielt einen nahezu wortgleichen Katalog wie Schedule 2 des UCTA mit Kriterien, die bei der Beurteilung der Angemessenheit zu berücksichtigen sind.

Die Frage, ob die Klausel nach Common-Law-Auslegung den vorliegenden Fall erfasse, hatten in der Vorinstanz noch zwei von drei Richtern verneint. Die Haftungsbeschränkung erfasse den Sachverhalt nicht, da etwas gänzlich anderes als die vereinbarte Sache geliefert worden sei. *Lord Bridge of Harwich*, dessen Diktum sich die anderen Richter anschlossen, bezeichnete es aber in der Entscheidung des House of Lords als klar und eindeutig, dass die Klausel "geliefertes Saatgut" erfasse, also auch den vorliegenden Fall⁶⁶⁷. Nur durch eine unzulässig überdehnte Auslegung könne ihr eine andere Bedeutung beizumessen werden⁶⁶⁸.

Hinsichtlich der Wirksamkeit der Klauseln betonte *Lord Bridge of Harwich*, dass die Angemessenheit einer Haftungsklausel immer eine Abwägungsfrage sei, die

⁶⁶⁵ [1983] 2 A.C. 803 (811).

⁶⁶⁶ Der Unfair Contract Terms Act 1977 findet auf Verträge Anwendung, die ab dem 01.02.1978 geschlossen wurden, sec. 31(1), (2) UCTA. Der vorliegende Vertrag wurde im Jahre 1973 geschlossen und fiel daher nicht in den zeitlichen Anwendungsbereich des UCTA.

⁶⁶⁷ [1983] 2 A.C. 803 (813).

⁶⁶⁸ [1983] 2 A.C. 803 (814).

kaum mit „richtig“ oder „falsch“ bewertet werden könne. Daher seien die Entscheidungen der Vorinstanzen mit äußerstem Respekt zu behandeln und es solle nur davon abgewichen werden, wenn sie offensichtlich falsch seien⁶⁶⁹.

Für den Verwender spreche hier, dass die Gegenseite aufgrund einer langjährigen Geschäftsbeziehung von der fraglichen Klausel gewusst habe. Die Klausel sei auch für Laien verständlich gewesen. Zudem sei der entstandene Schaden im Vergleich zum Kaufpreis sehr hoch gewesen. Schließlich seien vergleichbare Klauseln in der Branche weit verbreitet und nie von der National Farmers' Union angegriffen worden⁶⁷⁰.

Allerdings, und dies war entscheidend, hatten Zeugenaussagen ergeben, dass in vergleichbaren Fällen immer Verhandlungen über die Schadensersatzforderungen aufgenommen worden seien, soweit diese aufrichtig und begründet erschienen, so auch im vorliegenden Fall⁶⁷¹. Damit, so die Richter, haben die Verwender gezeigt, dass sie selber es für unangemessen hielten, sich auf ihre Haftungsbeschränkung zu berufen⁶⁷². Außerdem hätte der Verkäufer sich gegen solche Falschliefereien bzw. deren Folgen versichern können, ohne dass dies den Preis merklich gesteigert hätte⁶⁷³. Die Klausel wurde deshalb als unangemessen bewertet.

Die Entscheidung zeigt, dass – wie von der Gesetzesformulierung vorgesehen – letztlich nicht der Inhalt der Klausel maßgeblich war, sondern das Verhalten des Verwenders nach Schadenseintritt.

b) Salvage Association v Cap Financial Services

In der Entscheidung *Salvage Association v Cap Financial Services Ltd*⁶⁷⁴ ging es um eine summenmäßige Haftungsbeschränkung, die weit unter dem Vertragsentgelt lag. Der *High Court of Justice*⁶⁷⁵ beurteilte sie als unangemessen im Sinne des UCTA.

⁶⁶⁹ A.a.O. S. 815f.

⁶⁷⁰ A.a.O. S. 816f. Letztgenannten Punkt sah der Richter auch im Zusammenhang mit der Verhandlungsstärke der Parteien.

⁶⁷¹ [1983] 2 A.C. 803 (817).

⁶⁷² Ebda.

⁶⁷³ Ebda.

⁶⁷⁴ [1995] F.S.R. 654.

⁶⁷⁵ Queen's Bench Division, Official Referees Business, *HH Judge Thyne Forbes*.

Salvage Association (SA) hatte bei CAP Computersoftware bestellt. Es gab zwei zeitlich aufeinander folgende Verträge; das gesamte Vertragsentgelt betrug etwas über £ 300.000. Über Jahre hinweg wurde die Software nicht fertig und die Bestandteile, die geliefert wurden, waren fehlerhaft. Schließlich erklärte SA die Zusammenarbeit für gescheitert, forderte die bisher geleisteten Zahlungen zurück sowie zusätzlich Schadensersatz für vergebliche Aufwendungen. CAP berief sich unter anderem auf ihre AGB, die die Haftung für jegliche Schäden alternativ auf £ 25.000 oder den vollen Fixpreis beschränkten, je nachdem, was der geringere Wert wäre⁶⁷⁶; im vorliegenden Fall also £ 25.000.

Auf die Haftungsbeschränkung fanden sec. 11(1) und (4) des UCTA Anwendung. Zusätzlich wandte *HH Judge Thyne Forbes* die Kriterien aus Schedule 2 des UCTA an⁶⁷⁷. Mit Bezug auf *Smith v Eric Bush*⁶⁷⁸ stellte er vier Aspekte vor, die bei der Bewertung der Angemessenheit stets beachtet werden sollten⁶⁷⁹: Erstens die Verhandlungsmacht der Parteien - je größer das Ungleichgewicht, desto eher sei Klausel unangemessen. Zweitens sei zu beurteilen, ob es dem Vertragspartner wirtschaftlich zumutbar gewesen wäre, externen Rat zu den AGB zu suchen. Drittens müsse beachtet werden, wie gefährlich oder schwierig die übernommene Aufgabe sei. Je höher das übernommene Risiko, desto eher solle der Unternehmer sich davon freizeichnen können. Viertens sei zu berücksichtigen, welche praktischen Konsequenzen die Entscheidung haben werde, d.h. welche Summen auf dem Spiel stehen und welche Möglichkeiten die Parteien haben, ihre Versicherung(en) in Anspruch zu nehmen.

HH Judge Thyne Forbes bestätigte *Lord Wilberforce*⁶⁸⁰ darin, dass die Anforderungen an die Angemessenheit grundsätzlich nicht zu hoch zu legen seien, wenn die Parteien gleiche Verhandlungsstärke besäßen und die Risiken des Vertrags normalerweise versichert seien⁶⁸¹. Im vorliegenden Fall sei dies aber

⁶⁷⁶ Ausgenommen waren Tod oder Verletzung einer Person durch „negligence“ (vergleichbar mit unerlaubter Handlung) sowie Schäden oder Verlust an Sachgütern. Für letztere war die Haftung auf £ 250.000 beschränkt.

⁶⁷⁷ Dies sei sinnvoll, auch wenn es dafür kein [gesetzliches] Erfordernis gebe, [1995] F.S.R. 654 (674).

⁶⁷⁸ [1990] 1 A.C. 831, zitiert nach *HH Judge Thyne Forbes* [1995] F.S.R. 654 (674).

⁶⁷⁹ [1995] F.S.R. 654 (674).

⁶⁸⁰ *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* (1980) A.C. 827 (843).

⁶⁸¹ [1995] F.S.R. 654 (675).

nicht so: Die Sachverständigenanhörung habe ihn überzeugt, dass der Käufer Versicherungsschutz kaum und wenn, dann nur zu prohibitiv hohen Kosten hätte erlangen können. Dagegen habe der Verkäufer Versicherungsschutz in Höhe von £ 5.000.000 gehabt (mit einem Selbstbehalt von £ 500.000)⁶⁸².

Für die Angemessenheit der Haftungsbegrenzung spreche aber, dass gerade Ausschlüsse für Folgeschäden in der Branche verbreitet und akzeptiert seien. Des Weiteren hätten die Parteien bei gleicher Verhandlungsstärke über die Bedingungen verhandelt und sie akzeptiert⁶⁸³. Dies führe normalerweise dazu, dass eine Klausel mit großer Wahrscheinlichkeit als angemessen eingestuft werde⁶⁸⁴.

Im vorliegenden Fall wurde die Angemessenheit dennoch verneint, und zwar aus anderen Gründen: Das Management von CAP hatte zwischenzeitlich beschlossen, die Haftungsbegrenzung in den AGB auf £ 1.000.000 heraufzusetzen⁶⁸⁵. SA hatte bei Vertragsschluss veraltete AGB erhalten; die Summe von £ 25.000 wurde für diesen Vertrag nirgends begründet⁶⁸⁶. Daraus schloss der Richter, dass £ 25.000 zu niedrig gewesen seien und das Management von CAP dies gewusst habe oder hätte wissen müssen. Zusätzlich führte er an, die Verwirklichung eines Risikos sei unwahrscheinlich gewesen; SA habe nicht damit rechnen müssen. Auch habe SA sich nicht (wirtschaftlich) dagegen versichern können (s.o.). CAP sei dagegen weit über die Höhe der Haftungsbegrenzung hinaus versichert gewesen⁶⁸⁷. Daher sei die Haftungsbegrenzung auf £ 25.000 nicht angemessen.

Im Unterschied zu *George Mitchell v Finney Lock Seeds* waren in *Salvage Association v Cap Financial Services* also Umstände wichtig, die sich vor Vertragsschluss auf der Verkäuferseite ereignet hatten. Außerdem betonten die Richter den Aspekt der (Nicht-)Versicherbarkeit des Risikos durch den Käufer.

⁶⁸² Ebda.

⁶⁸³ Ebda.

⁶⁸⁴ [1995] F.S.R. 654 (676).

⁶⁸⁵ Ebda.

⁶⁸⁶ [1995] F.S.R. 654 (677).

⁶⁸⁷ A.a.O. S. 678f.

c) *Watford Electronics v Sanderson*

Eine jüngere Entscheidung, die zum UCTA erging, ist *Watford Electronics Ltd v Sanderson Cfl Ltd*⁶⁸⁸. Die Richter hielten die Haftungsklauseln in diesem Fall für wirksam und betonten die Eigenverantwortlichkeit der Parteien im unternehmerischen Geschäftsverkehr. Dieser Ansatz wird in der Literatur teilweise begrüßt⁶⁸⁹ und als „change of approach“ gewertet⁶⁹⁰.

Die Parteien hatten Verträge über den Kauf von Computersoftware und der dazugehörigen Rechte geschlossen. Sanderson hatte in seinen Verkaufsbedingungen die Haftung für indirekte und Folgeschäden ausgeschlossen und jegliche sonstige Haftung auf das Vertragsentgelt begrenzt⁶⁹¹. Watford hatte diese Haftungsklauseln angesprochen, aber keine Änderung durchsetzen können. Stattdessen war Sanderson bereit gewesen, eine Zusatzerklärung abzugeben. Darin verpflichtete er sich, nach „besten Kräften“ alle Mittel auf das Projekt aufzuwenden, die nötig seien, um etwaige Verluste zu minimieren⁶⁹². Sanderson erhöhte also den eigenen Sorgfaltsmaßstab. Nur bei Einhaltung dieser Sorgfalt konnte er sich auf seine Haftungsbeschränkung berufen. Angesichts dessen hätten die Richter auch argumentieren können, die Verkaufsbedingungen seien durch die Verhandlungen insgesamt keine „standard contract terms“ im Sinne des UCTA mehr⁶⁹³. Allerdings war diese Frage nicht Gegenstand der Berufung, im Rahmen derer der Court of Appeal angerufen worden war. Die Vorinstanz hatte entschieden, der Zusatz sei im Vergleich zu den übrigen Bedingungen zu geringfügig, um etwas an deren Einstufung als AGB zu ändern⁶⁹⁴.

⁶⁸⁸ [2002] F.S.R. 19, 299.

⁶⁸⁹ *Peel*, L.Q.R. 117 (2001), 545: „welcome confirmation that, in commercial contracts, exemption clauses perform a valuable role as legitimate devices or the allocation of risk between the parties“ (545), „sensible decision“ (552).

⁶⁹⁰ *Jack*, S. 100; *Woolrich*, J.I.B.L.R. 12 (2010), 608 (611 f.).

⁶⁹¹ „Neither the Company nor the Customer shall be liable to the other for any claims for indirect or consequential losses whether arising from negligence or otherwise. In no event shall the Company's liability under the Contract exceed the price paid by the Customer to the Company for the Equipment connected with any claim“, [2002] F.S.R. 19, 299 (Rn. 7).

⁶⁹² „Sanderson CFL Ltd commit to their best endeavours in allocating appropriate resources to the project to minimise any losses that may arise from the contract“, [2002] F.S.R. 19, 299 (Rn. 8).

⁶⁹³ *S. Peel*, L.Q.R. 117 (2001), 545 (550).

⁶⁹⁴ [2000] 2 All E.R. (Comm) 984.

Für die Angemessenheit beider Klauseln führen die Richter mehrere Aspekte an. Zunächst haben die Parteien gleiche Verhandlungsmacht gehabt⁶⁹⁵. Außerdem habe die Haftungsklausel den Preis mitbestimmt und dies müsse Watford gewusst haben. Denn Watford selber benutze ähnliche Haftungsklauseln und müsse daher deren wirtschaftliche Folgen verstehen⁶⁹⁶. Des Weiteren sei die Software sei zu einem gewissen Grad individualisiert gewesen⁶⁹⁷. Bei einer individualisierten Sache bestehe ein deutliches Risiko, dass sie nicht vollständig den Anforderungen entspreche. Dieses Risiko sei zwar vom Hersteller besser abzuschätzen, die daraus möglicherweise entstehenden Verluste dagegen seien aber vom Käufer besser abzuschätzen⁶⁹⁸. Schließlich haben die Parteien wissen müssen, dass die Frage, wer dieses Risiko trägt, sich auf den Preis auswirkt⁶⁹⁹. Aus diesen Gründen beurteilten die Richter die Klausel als angemessen. Wie oben erwähnt, betonten sie die Eigenverantwortlichkeit unternehmerischer Parteien und räumten richterlichen Eingriffen in die vertraglich festgelegte Risikozuordnung wenig Raum ein: „*Where experienced businessmen representing substantial companies of equal bargaining power negotiate an agreement, they may be taken to have had regard to the matters known to them. They should, in my view be taken to be the best judge of the commercial fairness of the agreement which they have made; including the fairness of each of the terms in that agreement. They should be taken to be the best judge on the question whether the terms of the agreement are reasonable*“⁷⁰⁰.

d) Zusammenfassung

In den beschriebenen Fällen stellten die Richter auf unterschiedliche Kriterien ab, die sich teilweise wiederholen.

Als erstes Kriterium lässt sich die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Vertragspartners von der Klausel herausarbeiten. In *George Mitchell v Finney Lock Seeds* betrachteten die Richter die langjährige Geschäftsbeziehung der Parteien als Argument für die Wirksamkeit der Klausel, da der Käufer sie dadurch

⁶⁹⁵ [2002] F.S.R.19, 299 (321, Rn. 52).

⁶⁹⁶ A.a.O. S. 320f., Rn. 48, 52.

⁶⁹⁷ A.a.O. S. 321, Rn. 52.

⁶⁹⁸ A.a.O. Rn. 54.

⁶⁹⁹ A.a.O. S. 322, Rn. 54.

⁷⁰⁰ A.a.O. Rn. 55.

kannte oder hätte kennen müssen. Dahin geht auch die Argumentation in *Watford v Sanderson*, der Käufer benutze selber ähnliche Klauseln wie der Verkäufer und müsse daher deren wirtschaftliche Folgen kennen. Auch die Frage, wie weit die Klausel verbreitet ist, lässt sich in diese Kategorie einordnen. Sie spielte sowohl in *George Mitchell v Finney Lock Seeds* als auch in *Salvage Association v Cap Financial Services* eine Rolle. In beiden Fällen brachten die Richter die weite Verbreitung der Klausel als Argument für ihre Wirksamkeit an. Die weite Verbreitung einer Klausel bildet daneben das eigene Kriterium der „Branchenüblichkeit“.

Als weiteres Kriterium lässt sich die Verhandlungsmacht der Parteien herausarbeiten. Sowohl in *Salvage Association v Cap Financial Services* als auch in *Watford v Sanderson* wurde die gleiche Verhandlungsstärke der Parteien für die Wirksamkeit der Klausel angeführt.

Schließlich spielen Überlegungen zur Risikoverteilung eine Rolle. In *George Mitchell v Finney Lock Seeds* heißt es, der Schaden sei im Vergleich zum Kaufpreis sehr hoch (was für die Wirksamkeit der Haftungsbegrenzung spreche). Diese ex-post-Betrachtung entspricht dem damaligen gesetzlichen Prüfungsmaßstab, ob es angemessen sei, sich auf die Haftungsbegrenzung zu *berufen*. Damit wird die tatsächliche Verwirklichung des Risikos in den Vordergrund gestellt, nicht deren Wahrscheinlichkeit. Nicht berücksichtigt wird, was es den Verkäufer gekostet hätte, sicherzustellen, dass die Ware in vertragsgemäßem Zustand beim Käufer ankommt.

In *Watford v Sanderson* stellen die Richter ausführlichere Überlegungen dazu an, wie das Risiko einer nicht vertragsgemäßen Kaufsache zu verteilen ist, die zu einem gewissen Grad auf die Bedürfnisse des Käufers zugeschnitten ist. Der Verkäufer als „Maßschneider“ könne zwar besser darauf einwirken, ob sich das Risiko verwirklicht, der Käufer wisse aber besser, mit welchen möglichen Verlusten in diesem Fall zu rechnen sei. Diese Frage haben die Parteien in *Watford v Sanderson* eingepreist, so die Richter. Ein richterlicher Eingriff in den Vertrag wäre nach diesem Verständnis einem Eingriff in das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung gleich gekommen.

Auch in *Salvage Association v Cap Financial Services* spielen Überlegungen zur Risikotragung eine Rolle, allerdings erst auf der Stufe der Versicherbarkeit. Die Tatsache, dass der Käufer sich nicht (wirtschaftlich) gegen das Risiko hätte versichern können, der Verkäufer dies dagegen getan hatte, war mitentscheidend dafür, dass die Haftungsbegrenzung des Verkäufers für unwirksam gehalten wurde.

3. UTC-Report

Die Law Commissions wollen das Kontrollregime für B2B-Verträge weitgehend so erhalten, wie es unter dem UCTA besteht⁷⁰¹. Auch zukünftig sollen Klauseln absolut unwirksam sein, die die Haftung für Tötung oder Verletzung anderer ausschließen oder beschränken, die mindestens auf einem Sorgfaltspflichtenverstoß beruht, sec. 1(1) UTC-Draft, bisher sec. 2(1) UCTA. Gleiches gilt für den Versuch, die Haftung dafür auszuschließen, dass der Verkäufer oder Lieferer nicht berechtigt war, den Besitz oder das Eigentum an der Sache zu übertragen, UTC-Draft sec. 10, bisher secs. 6(1), 7(3A) UCTA.

Auch die Haftungsbegrenzungen/-ausschlüsse, die bisher dem Reasonableness-Test unterworfen waren, bleiben weitgehend gleich. Eine Ausnahme bilden Klauseln, die die Haftung für Sachmängel ausschließen oder begrenzen sollen (secs. 6(3), 7(3) UCTA). Die Law Commissions vermuten, seien solche Haftungsfragen ausgehandelt, würden sie selten als „unfair“ eingestuft⁷⁰². Sie sollen deshalb nur noch dann auf ihre Angemessenheit hin kontrolliert werden, wenn sie zu „written standard terms of business“ einer Partei gehören⁷⁰³. Zur Erinnerung: hierfür wird wiederum unterschieden zwischen (mittelgroßem bis großem) „business“ und „small business“ – bei einem Vertragsschluss zwischen „business und „small business“ können nur substantielle Änderungen an den AGB diese zu Individualvereinbarungen werden lassen (s.o. S. 45f).

Dafür sollen die bisherigen Vorschriften aus dem UCTA nicht in die neue Regelung aufgenommen werden. Stattdessen sollen die Klauseln erfasst sein von der Neuregelung, die ein Angemessenheitserfordernis für AGB-Verträge aufstellt.

⁷⁰¹ UTC-Report Rn. 4.4, 4.18.

⁷⁰² A.a.O. Rn 4.25.

⁷⁰³ A.a.O. Rn. 4.28.

Der Reasonableness-Test wird gegenüber dem UCTA modifiziert und firmiert nun als „Fair and Reasonable Test“⁷⁰⁴. Die entscheidende Neuerung besteht darin, dass die Klauseln nun auch auf ihre Transparenz hin untersucht werden. So heißt es in sec. 14(1) UTC-Draft⁷⁰⁵:

“Whether a contract term is fair and reasonable is to be determined by taking into account—
(a) the extent to which the term is transparent, and
(b) the substance and effect of the term, and all the circumstances existing at the time it was agreed.”

Was unter „transparent“ zu verstehen ist, wird in sec. 14(3) UTC-Draft festgelegt:

“Transparent’ means—
(a) expressed in reasonably plain language,
(b) legible,
(c) presented clearly, and
(d) readily available to any person likely to be affected by the contract term or notice in question.”

Der Test wird in dieser Form sowohl für B2C- als auch für B2B-Verträge und Verträge mit Kleinunternehmern angewandt; allerdings sollen die Gerichte dabei berücksichtigen, wer am Vertrag beteiligt ist⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ Sec. 14 UTC-Draft (s. Anhang S. 183ff.), UTC-Report S. 158.

⁷⁰⁵ UTC-Report S. 158.

⁷⁰⁶ UTC-Report Rn. 4.65, 4.70.

V. Vergleich

1. Vergleichsmaßstab

Der Maßstab für eine ökonomisch sinnvolle Risikoverteilung ist, wie oben ausgeführt, der vollständige Vertrag (S. 7ff). Nach diesem Konzept sollten die Vertragsparteien die Risiken demjenigen zuordnen, der sie mit den geringsten Kosten vermeiden (cheapest cost avoider), versichern (cheapest insurer) oder auf sonstige Weise bewältigen (superior oder cheapest risk bearer) kann. Dies soll hier näher erläutert werden, um die Anforderungen an effiziente Haftungsverteilungen zu präzisieren.

a) *Cheapest cost avoider*

(aa) *Learned-Hand-Formel*

Die „erste Wahl“ für die Risikozuordnung ist der „cheapest cost avoider“, d.h. die Vertragspartei, die das Risiko mit dem geringsten Aufwand reduzieren oder beherrschen kann⁷⁰⁷. Damit das Risiko dieser Partei zugeordnet werden kann, muss die sog. Learned-Hand-Formel erfüllt sein⁷⁰⁸: $B \text{ (Burden)} < P \text{ (Probability)} \times L \text{ (Loss)}$. Die Kosten der Partei zur Abwendung des Schadens (Burden) müssen geringer sein als die durchschnittliche Höhe des Schadens (Loss) multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts (Probability) ($L \times P$ ergibt den sogenannten Schadens Erwartungswert). Denn schließlich lohnt es sich nicht, zur Verhütung eines Schadens mehr Kosten aufzuwenden, als der Schaden selber im Falle seines Eintretens durchschnittlich verursachen würde. Zur Verdeutlichung sei noch einmal auf das oben zitierte Beispiel in Anlehnung an *Spurr*⁷⁰⁹ zurückgegriffen (S. 9f): Ein Parkhausbetreiber könnte die in seinem Parkhaus geparkten Autos durch Sicherheitsvorkehrungen oder eine Diebstahlversicherung vor Beschädigung und Diebstahl schützen. Diese Maßnahmen kosteten ihn pro Auto 2€. Unterließe er die Maßnahmen, würde mit einer Wahrscheinlichkeit von 1:10.000 ein durchschnittlicher Schaden von 30.000€ entstehen. In die Learned-Hand-Formel eingesetzt bedeutet das: $B = 2, P = 0,0001, L = 30.000$.

⁷⁰⁷ Haas, S. 60; Lehmann, S. 182; Wurmnest, in MüKo BGB, § 307 Rn. 42, 48.

⁷⁰⁸ Schäfer/Ott, S. 436; Palandt/Grüneberg, § 276 Rn. 19; Haas, S. 60; Wienhaus, S. 54f; auch „Judge-Learned-Hand-Formel“, Lehmann, S. 87f.

⁷⁰⁹ Spurr, S. 132.

$$2 < 0,0001 \times 30.000$$

$$\underline{2 < 3}$$

Die Learned-Hand-Formel ist hier erfüllt. Es kostet den Parkhausbetreiber weniger, Sicherheitsmaßnahmen zu treffen als die durchschnittliche Schadenshöhe pro Auto, multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, beträgt. Im vollständigen Vertrag wäre ihm das Risiko zuzuweisen.

Es ist zuzugestehen, dass diese Werte sich oft nicht eindeutig bestimmen lassen. Wie oben erwähnt (S. 105), mag es für den AGB-Verwender nicht erkennbar sein, mit welchem Schaden er durchschnittlich zu rechnen hat. Gleiches gilt für die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts. Daher soll er nur solche Risiken einkalkulieren müssen, die er noch mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand ermitteln kann⁷¹⁰. Das heißt, es darf den AGB-Verwender nicht mehr kosten, den potenziellen Schaden zu ermitteln *und* Präventionsmaßnahmen zu ergreifen, als es ihn kosten würde, den Schaden zu ersetzen⁷¹¹. Im Beispielsfall dürfte der Informationsaufwand für den Parkhausbetreiber gering sein, sodass er weiterhin der „cheapest cost avoider“ wäre.

(bb) Berücksichtigung des individuellen Risikos

Wer „cheapest cost avoider“ ist, hängt von der Art des Risikos ab. Denn nicht alle Risiken sind von der gleichen Person einfacher zu beherrschen. Deshalb ist unter Umständen nach verschiedenen Schadenspositionen zu unterscheiden. So sind zum Beispiel entgangener Gewinn und drohende Betriebsausfälle vom Käufer einer Sache besser abzuschätzen und zu beeinflussen als vom Verkäufer, da sich diese Risiken in der Käufersphäre befinden⁷¹². Würde man die Haftung für solche Positionen komplett dem Verkäufer aufbürden, führte dies zu ökonomisch unerwünschten Quersubventionen⁷¹³: Der Verkäufer kalkulierte die Kosten der Schadensprävention so in seine Preise ein, dass auch der höchstmögliche Schaden noch gedeckt wäre. Beispielsweise lieferte ein Hersteller dasselbe

⁷¹⁰ Haas, S. 63.

⁷¹¹ Haas ebda.

⁷¹² Zu entgangenem Gewinn *Wienhaus*, S. 66f.

⁷¹³ *Kötz*, Haftungsausschlussklauseln - juristisch-ökonomische Analyse, S. 145 (150); *Wienhaus*, S. 55, 66f.; *Haas*, S. 70.

Maschinenteil an unterschiedliche Unternehmen. Bei einem Unternehmen A könnte ein Fehler des Maschinenteils zu einem Betriebsausfallschaden in Höhe von 50.000€, bei einem anderen Unternehmen B zu einem Schaden in Höhe von 500.000€ führen. Dies ist für den Hersteller nicht erkennbar. Wenn er stets für den kompletten Schaden haftete, müsste er den Schadenserwartungswert anhand des höchstmöglichen Schadens kalkulieren. Das führte dazu, dass das Unternehmen A den gleichen Preis bezahlte wie Unternehmen B, obwohl A eigentlich aufgrund des geringeren Risikos einen niedrigeren Preis zahlen müsste.

Die Lösung liegt darin, das individuelle Risiko zu berücksichtigen. In erster Linie kann dies durch flexible Tarife geschehen, das heißt, die Abnehmer, bei denen der Schadenserwartungswert höher ist, müssten mehr bezahlen als die anderen. Nicht immer ist dies praktikabel. Im Parkhausbeispiel würde der Besitzer eines hochpreisigen Wagens mehr bezahlen als der Besitzer eines geringwertigeren Wagens. Das ließe sich für den Parkhausbetreiber nur unter erhöhtem Personalaufwand durchsetzen, da ein Ticketautomat nicht nach dem Wagentyp unterscheiden kann⁷¹⁴. In diesem Fall ist es sinnvoll, die Haftung des Unternehmers auf den Umfang des Durchschnittsschadens aller Kunden zu begrenzen⁷¹⁵, oder – bei abgrenzbaren Schadenspositionen - die Haftung für einzelne Positionen der Gegenseite aufzuerlegen⁷¹⁶.

b) Cheapest insurer

(aa) Grundsätze

Die „zweite Wahl“ für die Risikoordnung ist der „cheapest insurer“, d.h. die Partei, die das Risiko zur geringsten Prämie versichern kann⁷¹⁷. Dass ihr das Risiko zugeordnet wird, setzt voraus, dass die Kosten zur Schadensabwendung höher sind als der Schadenserwartungswert (also $B > P \times L$) oder dass es nicht möglich ist, den Schaden abzuwenden⁷¹⁸, z.B. weil er durch Naturgewalten entsteht.

⁷¹⁴ Vgl. Kötz, Haftungsausschlussklauseln - juristisch-ökonomische Analyse, S. 145 (150).

⁷¹⁵ Ebd.

⁷¹⁶ Wienhaus, S. 66f.

⁷¹⁷ Haas, S. 64ff; Schäfer/Ott, S. 437ff.; Wienhaus, S. 56ff.

⁷¹⁸ Haas, S. 64; Kötz, Haftungsausschlussklauseln - juristisch-ökonomische Analyse, S. 145 (147); Schäfer/Ott, S. 437f.; Wurmnest, in MüKo BGB, § 307 Rn. 42, 45.

Grundsätzlich lassen sich hierfür folgende Kriterien anwenden: Zum einen ist danach zu fragen, wer den geringeren Aufwand hat, Versicherungsschutz zu besorgen⁷¹⁹. Das ist in der Regel derjenige Vertragspartner, der solche Versicherungsgeschäfte oft abschließt⁷²⁰ oder eine entsprechende Versicherung bereits hat (z.B. eine Betriebshaftpflichtversicherung). Für ihn entstehen keine oder nur geringe Transaktionskosten⁷²¹. Zum anderen ist danach zu fragen, wer leichteren Zugang zu Informationen über das fragliche Risiko hat⁷²². Denn nur mit genauen Informationen kann verhindert werden, dass die Versicherung das Schadensrisiko entweder nicht vollständig abdeckt oder aber deutlich darüber liegt (Überversicherung)⁷²³.

Auf das oben aufgeführte Beispiel angewandt, bedeutete dies Folgendes: Angenommen, die Voraussetzungen für die Risikoordnung beim cheapest insurer seien gegeben. Es würde den Hersteller eines Maschinenteils mehr kosten, alle potenziellen Schäden zu verhindern, als der durchschnittliche Schaden kosten würde. Es spricht vieles dafür, dieses Risiko durch den Käufer versichern zu lassen. Ein Versicherungsmarkt für dieses Risiko besteht: Maschinen-Betriebsunterbrechungsversicherungen ersetzen u.a. entgangene Gewinne und fortlaufende Kosten, die durch den Ausfall der Maschinen nicht mehr erwirtschaftet werden können⁷²⁴. Hier kommt es allerdings auf die Bedingungen an: Einzelne Versicherer schließen ihre Haftung für Schäden aus, soweit für sie ein Dritter als Lieferant (Hersteller oder Händler) einzustehen hat⁷²⁵. Gerade wenn das Risiko des Betriebsausfalls im Raum steht, sind die

⁷¹⁹ Haas, S. 68.

⁷²⁰ Ebda.

⁷²¹ Ebda.

⁷²² Haas, S. 69.

⁷²³ Ebda.

⁷²⁴ Vgl. z.B. die Produktinformationen der HDI,

http://www.hdi.de/de/firmenkunden/firmenversicherungen/technische_versicherungen/maschinen_bu/index.jsp, zuletzt abgerufen am 20.03.2013; und der R+V-Versicherung, http://www.ruv.de/de/firmenkunden/maschinenversicherung/maschinen_bu.jsp, zuletzt abgerufen am 20.03.2013.

⁷²⁵ So z.B. die Gothaer Versicherung, http://www.gothaer.de/de/zg/gk/gk_p/betr-unterbr/maschinen-betriebsunterbr_vers/pd_52/GK_PD_MaschinenBetriebsunterbrechung_boe_1.htm, zuletzt abgerufen am 20.03.2013; anders die Allgemeinen Bedingungen für die Maschinen-Betriebsunterbrechungsversicherung des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV) vom 01.01.2011 (§ 3 Nr. 1 und Nr. 5), abrufbar unter <http://www.gdv.de/downloads/versicherungsbedingungen/schaden-und-unfallversicherung/allgemeine-bedingungen-fur-die-maschinen->

relevanten Informationen zudem für denjenigen leichter zugänglich, dessen Betrieb betroffen ist: Wie hoch ist der zu erwartende Gewinnausfall, welche umsatzunabhängigen Kosten müssen in die Berechnung einfließen? Daher wird dieses Risiko durch den Käufer zu versichern sein.

(bb) Problem: Berücksichtigung der Risikogeneigtheit

Bei der Argumentation mit dem „cheapest insurer“ gibt es jedoch ein Problem, das im Hinblick auf die AGB-Kontrolle besondere Anforderungen birgt. Das Modell des vollständigen Vertrags will nachbilden, wie die Parteien den Vertrag bei vollständiger Information und ohne Transaktionskosten geschlossen hätten, um ihren Nutzen zu maximieren. Der persönliche Nutzen, den ein Vertragspartner von einer Versicherung hat (die im Preis eingeschlossen ist), hängt allerdings stark davon ab, wie risikogeneigt er ist⁷²⁶. Es ist stets zu fragen, *„ob der Käufer einer Leistung bei Vertragsabschluss bereit gewesen wäre, die anfallende Versicherungsprämie zu zahlen bzw. eine entsprechende Preiserhöhung hinzunehmen, um in den Genuss des Versicherungsschutzes zu gelangen“*⁷²⁷. Nur dann ist die Haftung der Gegenseite ein Wohlfahrtsgewinn⁷²⁸. Das ist regelmäßig bei risikoaversen Vertragsparteien der Fall⁷²⁹.

Wie sollte nun eine Rechtsordnung gestaltet sein, die die Risikogeneigtheit der Vertragsparteien berücksichtigt? Erleichtert wird diese Frage durch die Feststellung, dass die meisten Teilnehmer am Rechtsverkehr sich risikoavers verhalten⁷³⁰ und sich dies in vielen Fällen aus den Umständen entnehmen lassen wird⁷³¹. Grundsätzlich kann also das Risiko dem cheapest insurer zugeordnet werden, sei es durch gesetzliche Regeln oder durch richterliche Inhaltskontrolle. Dennoch sollte die Möglichkeit bestehen, das Risiko der anderen Vertragspartei zuzuordnen, wenn diese risikogeneigt ist, d.h. wenn sie bereit ist, das Risiko im Hinblick auf einen möglichen späteren Gewinn oder einen geringen Preis hinzunehmen. Im Falle einer ex-post-Kontrolle durch die Rechtsprechung sollten

betriebsunterbrechungsversicherung-ambub-2011/su_222_ambub2010/, zuletzt aufgerufen am 20.03.2013.

⁷²⁶ Schäfer/Ott, S. 438f.; Wienhaus, S. 58.

⁷²⁷ Schäfer/Ott, S. 438.

⁷²⁸ Ebda.

⁷²⁹ Ebda.

⁷³⁰ Wienhaus, S. 58 m.w.N. (Fn. 261).

⁷³¹ Schäfer/Ott, S. 440.

die Richter nicht nur die Frage berücksichtigen, wer günstiger Versicherungsschutz erlangen konnte, sondern auch, ob dies im Sinne des Vertragspartners gewesen wäre. Dabei sollten sie insbesondere beachten, ob die Vertragspartei, die *cheapest insurer* ist, der Gegenseite die Möglichkeit eröffnet hat, den Vertrag wahlweise mit oder ohne Versicherung des Risikos abzuschließen⁷³². Ist dies nicht der Fall, und hat die Partei das Risiko auch nicht versichert, sollte sie haften⁷³³.

c) *Cheapest risk bearer*

Manchmal kann keine Partei das Risiko mit vertretbarem Aufwand tragen und kann das Risiko auch nicht versichert werden. Ein Versicherungsmarkt bildet sich etwa dann nicht, wenn es billiger ist, sich selbst gegen das Risiko zu versichern, zum Beispiel durch Bildung von Rücklagen oder eine andere interne Kalkulation⁷³⁴. Dann müssen andere Umstände herangezogen werden, um die Risikozuordnung in einem vollständigen Vertrag zu ermitteln. Dies sind zum einen wieder die Kosten, die eine Partei aufwenden müsste, um das Risiko zu erkennen⁷³⁵. Zum anderen müssen die Möglichkeiten berücksichtigt werden, die eine Partei hat, das "Gesetz der großen Zahl"⁷³⁶ für sich arbeiten zu lassen, d.h. durch viele bzw. großvolumige Transaktionen deren mögliche Risiken durch Preispolitik, Vorsorge und Bildung von Finanzpolstern auszugleichen⁷³⁷. Wenn eine Partei deutlich geringere Informationskosten hat als die andere, muss sie das Risiko übernehmen⁷³⁸. Mit *Wienhaus* ist anzunehmen, dass in der Praxis häufig einer der beiden Vertragspartner das Risiko des Schadenseintritts besser einschätzen kann⁷³⁹. Auch hier gilt oben Gesagtes: Dabei sollte nach unterschiedlichen Risiken unterschieden werden und das Risiko ggf. zwischen den Parteien aufgeteilt werden⁷⁴⁰. Sollte nicht ersichtlich sein, dass eine Partei das Risiko günstiger erkennen kann als die andere, die andere Partei aber

⁷³² *Dies.*, S. 440f.

⁷³³ *Ebda.*

⁷³⁴ *Schäfer/Ott* S. 443.

⁷³⁵ *Ebda.*; *Wienhaus*, S. 58.

⁷³⁶ *Schäfer/Ott*, S. 443.

⁷³⁷ *Dies.*, S. 444; *Wienhaus*, S. 59.

⁷³⁸ *Schäfer/Ott*, S. 443; *Haas*, S. 71.

⁷³⁹ *Wienhaus*, S. 59.

⁷⁴⁰ *Haas*, S. 72.

deutlich bessere Möglichkeiten haben, das Risiko durch Masse auszugleichen, muss sie es tragen⁷⁴¹. Denn in einem vollständigen Vertrag würde sie dafür in den Genuss eines für sie günstigen Preises kommen⁷⁴².

2. Möglichkeit der Berücksichtigung ökonomischer Kriterien

Jede der untersuchten Rechtsordnungen kennt Mechanismen, die es durch offene Rechtsbegriffe ermöglichen (würden), ökonomische Kriterien zu berücksichtigen.

In Deutschland gehört dazu die Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB, die eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners verbietet. Im Rahmen dessen werden Überlegungen zur Risikotragung angestellt, zum Beispiel die Frage, ob eine Partei das Risiko hätte verhindern oder sich dagegen schützen können (s.o. S. 96). Auch das Differenzierungsgebot des § 310 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB ist hier zu nennen. Die Regelung würde es ermöglichen, stärker nach der Art des Risikos zu differenzieren und das Risiko demjenigen Vertragspartner zuzuordnen, der es mit den geringeren Kosten vermeiden könnte.

In der Schweiz ist die Ungewöhnlichkeitsregel ein solcher Mechanismus. Über das Kriterium der objektiven Ungewöhnlichkeit könnten Überlegungen zur Risikotragung eingeführt werden, nämlich dahingehend, ob die bestehende Risikoverteilung zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt.

In England gehört hierzu der Reasonableness-Test des UCTA. In ihm mischen sich Aspekte der Informationsungleichheit und solche der Risikoverteilung.

3. Verschuldensunabhängige Haftung

Im Zusammenhang mit der Haftung für Sachmängel hat *Lehmann* gezeigt, dass sie immer vom Verschulden des Verkäufers abhängig sein sollte⁷⁴³. Denn nur so können ökonomisch wirksame Verhaltensanreize gegeben werden⁷⁴⁴. Wer weiß, dass er für seine Unachtsamkeit Schadensersatz leisten muss, wird eher sorgfältig handeln als derjenige, der Schadensersatz leisten muss, egal wie

⁷⁴¹ *Schäfer/Ott*, S. 443f.

⁷⁴² *Dies.*, S. 444.

⁷⁴³ *Lehmann*, S. 184.

⁷⁴⁴ *Ders.*, S. 183.

sorgfältig er handelt. Durch den Anreiz zu sorgfältigem Handeln können Schäden besser vermieden und dadurch insgesamt Kosten gespart werden.

Aus diesen Gründen ist eine verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung für Sachmängel ineffizient. In der Schweiz haftet der Verkäufer verschuldensunabhängig für Schäden, die unmittelbar durch fehlerhafte Sachen verursacht werden, Art. 208 Abs. 2 OR (s.o. S. 122). Ähnliche Ergebnisse folgen in England aus dem Zusammenspiel zwischen dem Sale of Goods Act und der „*Hadley v. Baxendale*“-Regel (s.o. S. 135): Der Schadensersatz bei einem Verstoß gegen die secs. 12-15 Sale of Goods Act ist unabhängig vom Verschulden des Verkäufers, wird aber auf solche Schäden begrenzt, die nicht zu „entfernt“ im Sinne der „*Hadley v. Baxendale*“-Regel sind.

Sowohl diese Regel als auch die Unmittelbarkeitsregel in Art. 208 Abs. 2 OR stellen darauf ab, wie eng der Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden ist. Aus ökonomischer Perspektive lässt sich dadurch berücksichtigen, in wessen Sphäre das Risiko fällt: Musste der Verkäufer mit diesem Schaden wirklich noch rechnen? Allerdings sollte zusätzlich danach gefragt werden, inwieweit der Verkäufer überhaupt Einfluss auf die Risikoverwirklichung hätte nehmen können, wenn er mit dem Schaden hätte rechnen müssen. Denn nur, wenn ihm ein (mindestens) fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden kann, ist eine Haftung aus ökonomischer Perspektive sinnvoll.

4. Fahrlässigkeitshaftung und die Learned-Hand-Formel

a) Kein Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit

Zunächst soll dargestellt werden, ob und in welchem Maß die untersuchten Rechtsordnungen berücksichtigen, ob einer der Vertragspartner den Schaden mit vertretbarem Aufwand hätte vermeiden können (sog. Learned-Hand-Formel, s.o. S. 146f). Diese Frage hängt eng zusammen mit der Haftung für Fahrlässigkeit. Grob fahrlässig handelt, wer schon einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht anstellt und das nicht beachtet, was im gegebenen Fall jedem einleuchten

müsste⁷⁴⁵. Ein solches Verhalten ist in der Regel gleichbedeutend damit, dass „eine Sicherungsmaßnahme [unterlassen wird], deren Kosten ganz eindeutig und ganz offensichtlich niedriger sind als der Nutzen, der sich ergibt, wenn die Maßnahme ergriffen und dadurch das in Rede stehende Risiko abgewendet worden wäre“⁷⁴⁶. Das heißt, wer grob fahrlässig handelt, unterlässt es, die erforderlichen Kosten zur Risikoverhütung aufzuwenden, obwohl dies sinnvoll gewesen wäre. Daher ist es aus ökonomischer Perspektive effizient, wenn die Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden darf⁷⁴⁷.

Daraus ergibt sich für die deutsche Rechtsordnung, dass die sogenannte Indizwirkung des § 309 Nr. 7 b) BGB nicht so kritisch zu sehen ist, wie es der Fall ist. Sie hat zur Folge, dass die Haftung für grobe Fahrlässigkeit auch im Verkehr zwischen Unternehmern nicht ausgeschlossen werden kann. Wie gezeigt, ist dies positiv zu werten. Gleiches gilt für die schweizerische Rechtsordnung: Auch hier kann die Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden. Dies gilt nach der hier vertretenen Ansicht und der neueren Lehrmeinung in der Schweiz auch für Haftungsausschlüsse bezüglich Mängeln einer Kaufsache (s.o. S. 127).

In der englischen Rechtsordnung gibt es kein allgemeines Verbot, die Haftung für grobe Fahrlässigkeit in Unternehmerverträgen auszuschließen. Allerdings zeigt sich in einzelnen Entscheidungen, dass die Richter trotzdem berücksichtigen, ob die Learned-Hand-Formel erfüllt ist. In *Watford Electronics v. Sanderson* (s.o. S. 141f) hatten die Parteien eine erhöhte Sorgfaltspflicht im Gegenzug für die Haftungsbegrenzungen vereinbart. Sanderson hatte sich verpflichtet, nach „besten Kräften“ alle Mittel auf das Projekt aufzuwenden, die nötig seien, um etwaige Verluste zu minimieren. Damit haben die Vertragsparteien selber die Erfüllung der Learned-Hand-Formel in ihren Vertrag integriert. Die Richter bezogen dies in ihre Angemessenheitsüberlegungen zwar nicht ausdrücklich ein. Jedoch stellten sie Überlegungen dazu an, wer bestimmte Risiken in der vorliegenden Konstellation besser einschätzen könne (und damit der cheapest cost avoider ist, s. dazu näher unten S. 146ff). Das setzt implizit voraus, dass die

⁷⁴⁵ Palandt/Grüneberg, § 277 Rn. 5.

⁷⁴⁶ Kötz, Haftungsausschlussklauseln - juristisch-ökonomische Analyse, S. 145 (149).

⁷⁴⁷ Kötz a.a.O., S. 148 a.E.

Learned-Hand-Formel erfüllt ist und ist damit aus ökonomischer Perspektive folgerichtig.

Auch im Fall *Salvage Association v. Cap Financial Services* (s.o. S. 138f) berücksichtigen die Richter einen Aspekt der Learned-Hand-Formel: Die Wahrscheinlichkeit, dass sich das Risiko einer fehlerhaften Leistung verwirklichen würde, sei sehr gering gewesen (s.o. S. 139)⁷⁴⁸. Das bedeutet für die Learned-Hand-Formel, dass Vermeidungsaufwand erst geboten ist, wenn ein extrem hoher Schaden zu erwarten ist. Dafür gab es in diesem Fall keine Anhaltspunkte, sodass die Learned-Hand-Formel wohl nicht erfüllt ist, d.h. die Kosten zur Schadensvermeidung höher als die Kosten des Schadenserwartungswerts gewesen wären. In diesem Fall ist nach dem cheapest insurer zu fragen (s.o. S. 148f).

b) Geringe Beachtung der Learned-Hand-Formel

Abgesehen von den Fahrlässigkeitsregelungen kommt die Learned-Hand-Formel in den untersuchten Rechtsordnungen wenig zum Tragen, insbesondere nicht ausdrücklich. Oft werden Überlegungen zur Versicherbarkeit eines Risikos angestellt, ohne dass vorher danach gefragt wird, ob das Risiko mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand vermeidbar gewesen wäre.

Beispielhaft ist die Entscheidung des BGH zu nennen, wonach ein Reifenhersteller gegenüber einem Händler seine Gewährleistung nicht auf bei ihm (dem Hersteller) entstehende Prüf-, Verwaltungs-, Transport- und Entsorgungskosten ab/an Auslieferungslager beschränken darf⁷⁴⁹. Die Richter befanden, diese Bestimmung sei mit dem wesentlichen Grundgedanken des § 439 Abs. 2 BGB nicht zu vereinbaren, wonach der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen hat. Sie sei deshalb unangemessen benachteiligend nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (s.o. S. 103).

Das Besondere ist, dass hier eine Lieferkette vorliegt. Der Händler verkauft an Endkunden. Wenn diese mit einem Gewährleistungsverlangen an ihn herantreten, muss er Abhilfe schaffen und sich seinerseits an den Hersteller

⁷⁴⁸ Die Richter schilderten dies aus der Perspektive des Käufers bei Vertragsschluss, die sie ihrer Entscheidung als richtig zugrunde legten. Daher ist davon auszugehen, dass auch sie die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts für gering hielten.

⁷⁴⁹ BGH NJW 1996, 389; s.o. S. 100.

halten. Es besteht die Gefahr, dass der Händler gegenüber den Endkunden die bei ihm entstehenden Aufwendungen tragen muss und sie aufgrund der Klausel nicht an den Hersteller weiterleiten kann. Im Zentrum des Falles standen insbesondere die Kosten für die Demontage, Versandungsvorbereitung, erneute Montage und das Auswuchten des Reifens⁷⁵⁰.

Hier wäre zunächst danach zu fragen gewesen, ob die Learned-Hand-Formel erfüllt ist. Sind die Kosten, die zur Vermeidung des Risikos aufgebracht werden müssen, niedriger als die Kosten, die im Schadensfall, gemessen an dessen Wahrscheinlichkeit (Schadenserwartungswert), eintreten? Um diese Frage zu beantworten, fehlen Angaben über die Wahrscheinlichkeit der Schadensfälle. Zu vermuten ist allerdings, dass Schäden nicht so häufig sind, dass es sich zur Vermeidung dieser Kosten lohnen würde, die unbedingte Mangelfreiheit der Reifen sicherzustellen. Kosten, die unter der Grenze des Schadenserwartungswerts liegen, müssen allerdings aufgebracht werden. Daher sollte der Hersteller alle Kosten der Nachbesserung tragen müssen, wenn er oder seine Mitarbeiter grob fahrlässig Schäden an den Reifen verursachen. Denn dann haben sie nicht die notwendigen Vermeidungskosten aufgebracht. Für nur leicht fahrlässig verursachte oder schuldlos vorhandene Mängel ist dagegen nach dem cheapest insurer zu fragen, d.h. demjenigen, der das Risiko zur geringsten Prämie versichern kann. Darüber kann hier mangels tatsächlicher Angaben nur gemutmaßt werden. Für die Rechtsprechung ist jedoch festzuhalten, dass eine Differenzierung nach einfacher und grober Fahrlässigkeit aus ökonomischer Sicht geboten ist. Bei der Überprüfung einer Klausel wie der vorliegenden wäre es von Vorteil, wenn die Richter sie auf das noch zulässige Maß einschränken könnten (s.u. „Sonderproblem geltungserhaltende Reduktion“ S. 162ff).

5. Günstigere Vermeidbarkeit des Schadens

Die Frage, ob jemand fahrlässig handelt, ist wichtig dafür, *ob* der Schaden überhaupt mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand vermeidbar gewesen wäre. Nun soll gezeigt werden, ob die untersuchten Rechtsordnungen berücksichtigen, *wer* den Schaden günstiger verhüten kann. Dazu gehört, dass nach den

⁷⁵⁰ BGH NJW 1996, 389 (390).

unterschiedlichen Risikosphären der Vertragsparteien differenziert wird. Denn einen Schaden günstiger verhüten kann derjenige, der besser auf die Risikoverwirklichung Einfluss nehmen kann.

Im deutschen Recht kann diese Frage im Rahmen des Verbots unangemessener Benachteiligung (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB) berücksichtigt werden. Ein Beispiel bildet der o.g. Fall, in dem ein Heizöllieferant sich nicht von der Haftung für solche Fehler freizeichnen durfte, die seine Angestellten bei der Befüllung von Kundentanks machten (s.o. S. 96). Die Richter begründeten dies mit der höheren Sachkunde des Verkäufers und dessen Angestellten. Das ist aus ökonomischer Perspektive insoweit sinnvoll, als der Verkäufer und seine Angestellten durch ihre höhere Sachkunde einfacher als der Käufer Fehler bei der Tankbefüllung erkennen und ausschließen können. Die Tankbefüllung ist ihrer Risikosphäre zuzuordnen. Allerdings kann es bei Fehlern zu unterschiedlich hohen Schäden kommen. Das hängt stark davon ab, in welchem Umfeld sich der Tank befindet, insbesondere ob wertvolle Gegenstände gefährdet sein könnten. Dies ist der Risikosphäre des Käufers zuzuordnen. Es kann daher zum oben erläuterten Problem der unerwünschten Quersubvention kommen (S. 147): Der Verkäufer würde bei seiner uneingeschränkten Haftung den höchstmöglichen Schaden in seine Preise einkalkulieren. Besser wäre es, er würde flexible Befüllungstarife anbieten oder er dürfte seine Haftung auf den Durchschnittsschaden aller Kunden begrenzen (s.o. S. 148). Es ist daher aus ökonomischer Sicht positiv zu bewerten, dass flexible Tarife im deutschen Recht als Argument dafür herangezogen werden können, dass die Klausel angemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ist (s. S. 98). Gleiches gilt für die grundsätzliche Möglichkeit, die Haftung auf den vertragstypischen, vorhersehbaren Schaden zu begrenzen (S. 104). Allerdings sollte die Rechtsprechung hier stärker das individuelle Risiko berücksichtigen: entgangene Nutzung und entgangener Gewinn sind der Risikosphäre des Käufers zuzuordnen, da er diese Positionen besser einschätzen kann (s.o. S. 147). Es sollte dem Verkäufer möglich sein, die Haftung dafür abzubedingen.

Hier ist auch die oben bereits erwähnte Regelung des schweizerischen Art. 208 Abs. 2 OR zu nennen. Durch die Trennung zwischen mittelbar und unmittelbar

verursachtem Schaden ist es jedenfalls möglich, die Risikosphären der Vertragsparteien zu berücksichtigen und das Risiko demjenigen zuzuordnen, der es mit geringeren Kosten vermeiden kann.

Das Gleiche gilt für die oben erwähnten Regelungen im englischen Recht, insbesondere die „*Hadley v. Baxendale*“-Regel, die sich mit der Entfernthet eines Schadens von seiner Ursache befasst. Hinzu kommt, dass der Verkäufer dem Käufer entgangenen Gewinn nur ersetzen muss, wenn er wusste bzw. hätte wissen müssen, dass der Käufer die Sache weiterverkaufen bzw. damit anderweitig Gewinn erzielen wollte (S. 136). Dieser Aspekt betrifft ein mögliches Informationsgefälle zwischen den Parteien. Er ist insoweit sinnvoll, als damit das Risiko dem Verkäufer nur dann zugeordnet wird, wenn davon auszugehen ist, dass er es in seine Preiskalkulation aufgenommen hat. Allerdings wird es im unternehmerischen Geschäftsverkehr die Regel sein, dass der Verkäufer weiß oder hätte wissen müssen, dass die Sache weiterverkauft oder -verwendet wird, um damit Gewinn zu erzielen. Problematisch ist, dass der Verkäufer das Risiko des entgangenen Gewinns beim Käufer kaum beherrschen kann. Es steht nicht in seiner Macht, zu welchem Preis die Sache hätte weiterveräußert werden sollen oder welche Maschinen bei einem Defekt der Sache betriebsunfähig sind. Der potenzielle Schaden ist für ihn eine Dunkelziffer. Deshalb gilt hier oben Erläutertes: Die Haftung für entgangenen Gewinn sollte vom Verkäufer wirksam ausgeschlossen werden können, da es sonst zu unerwünschten Quersubventionen kommt. Abschließend ist zu beachten, dass die Grundsätze der Haftung für entgangenen Gewinn im englischen Recht auch für ausgehandelte Klauseln gelten. In die so entstehende Risikoverteilung sollte natürlich nicht eingegriffen werden.

Ein weiterer Punkt im englischen Recht, der die günstigere Vermeidbarkeit des Schadens betrifft, ist Folgender: Beim Reasonableness-Test ist u.a. zu erwägen, ob die Waren aufgrund einer besonderen Bestellung des Kunden hergestellt oder bearbeitet worden, s. lit. e) der „guidelines“ in Schedule 2 des UCTA. Dieses Kriterium wurde auch in der Entscheidung *Watford v. Sanderson* herangezogen (s.o. S. 141f). Die Richter hielten fest, dass bei einer individualisierten Sache ein deutliches Risiko bestehe, dass sie nicht vollständig den Anforderungen

entspreche. Dieses Risiko sei zwar vom Hersteller besser abzuschätzen, die daraus möglicherweise entstehenden Verluste seien dagegen vom Käufer besser abzuschätzen⁷⁵¹. Diese Begründung ist aus ökonomischer Sicht zu begrüßen: Die Richter analysieren den Informationsaufwand, den es die Parteien kostet, das Risiko einzuschätzen – ein wichtiger Punkt bei der Ermittlung des cheapest cost avoider. Denn nur, wer ein Risiko mit vertretbarem Aufwand erkennen kann, kann auch einschätzen, welche Maßnahmen zu dessen Vermeidung ergriffen werden müssten. Regelmäßig wird damit einhergehen, dass derjenige, der das Risiko besser erkennen, es auch mit besseren Mitteln beherrschen kann, weil er näher an den Gegebenheiten ist, die das Risiko begründen. Bei einer nach Kundenwünschen spezifizierten Sache ist es daher angemessen, das Risiko, dass die Sache nicht vollständig den Anforderungen entspricht, aufzuteilen in die Ursachen für die Mangelhaftigkeit (Herstellersphäre) und Wirkungen der Mangelhaftigkeit (Käufersphäre). Wenn dies nicht zweifelsfrei möglich ist, ist die Begrenzung der Haftung auf den Durchschnittsschaden eine gute Alternative.

6. Günstigere Versicherbarkeit des Schadens

Kann kein cheapest cost avoider festgestellt werden, oder ist das Risiko nicht mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand beherrschbar, ist nach dem cheapest insurer zu fragen. Der Aspekt der besseren Versicherbarkeit klingt in der deutschen und englischen Rechtsordnung teilweise stärker, teilweise schwächer an; im schweizerischen Recht konnte darauf kein Hinweis gefunden werden.

Im deutschen Recht kann die Versicherbarkeit eines Risikos einfließen in die Beurteilung, ob eine Klausel angemessen und damit wirksam ist (über die Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, s.o. S. 99). Die Rechtsprechung wendet diese Möglichkeit auch an, z.B. im oben zitierten Fall, der die AGB eines Schiffsbewachungsunternehmens betraf (S. 99). Der BGH erhielt eine Haftungsbegrenzung des Bewachungsunternehmens aufrecht, da die Schiffseigner ihre Schiffe regelmäßig gegen Beschädigung oder Verlust

⁷⁵¹ [2002] F.S.R.19, 299 (321f, Rn. 54), s.o. S. 139.

versicherten⁷⁵². Für den Kauf zwischen Unternehmern lässt sich keine pauschale Antwort finden, wer der cheapest insurer ist. Es kommt stets auf die Branche an, welche Versicherungen üblich und damit für die betreffende Partei kostengünstig zu erlangen bzw. schon vorhanden sind. Dennoch gelten die oben zum cheapest insurer aufgeführten Erwägungen (s.o. S. 148f): Für die Kosten einer Versicherung ist es wichtig, wer leichteren Zugang zu Informationen über das fragliche Risiko hat. Entgangenen Gewinn oder entgangene Nutzungen wird regelmäßig der Käufer besser einschätzen und sich daher auch günstiger dafür versichern können.

Im englischen Recht ist insbesondere sec. 11(4) UCTA zu nennen. Danach sind summenmäßige Haftungsbeschränkungen auch daran zu messen, inwieweit der Verwender sich für die Haftung versichern konnte. Diese Vorschrift kam unter anderem in der Entscheidung *Salvage Association v. Cap Financial Services* zum Tragen (s.o. S. 138f). Es ging um eine summenmäßige Haftungsbeschränkung für die Lieferung fehlerhafter Computersoftware, die weit unter dem vertraglichen Entgelt lag. Die Richter betonten hier, dass sich der Käufer gegen das Risiko nicht wirtschaftlich habe versichern können, wohingegen der Verkäufer weit über die Höhe der Haftungsbegrenzung hinaus versichert gewesen sei⁷⁵³. In diesem Fall scheint es daher auch aus ökonomischer Perspektive sinnvoll, den Verkäufer für das Risiko haften zu lassen. Erwähnt sei außerdem, dass die Behandlung dieses Falles durch die Richter auch insgesamt nahe am Leitbild des vollständigen Vertrags ist: Sie führen an, dass die Risikoverwirklichung unwahrscheinlich gewesen sei⁷⁵⁴. Das heißt, dass die Learned-Hand-Formel wohl nicht erfüllt ist, da sich Vermeidungsaufwendungen umso weniger lohnen, je weniger mit der Verwirklichung des Risikos zu rechnen ist. In diesem Fall gibt es keinen cheapest cost avoider, sodass nach dem cheapest insurer zu fragen ist. Dies haben die Richter hier getan und sind zu einer effizienten Lösung gekommen.

⁷⁵² Eine – positiv ausfallende - ökonomische Analyse der Entscheidung findet sich bei Kötz, Haftungsausschlussklauseln - juristisch-ökonomische Analyse, S. 145 (151).

⁷⁵³ [1995] F.S.R. 654 (678f.).

⁷⁵⁴ Ebda.

7. Effizienz von Rügeobliegenheiten

Sowohl das schweizerische als auch das deutsche Recht kennen Rügeobliegenheiten, deren Nichteinhaltung dazu führt, dass die Ware als genehmigt gilt. Mit *Beimowski* ist festzuhalten, dass eine solche Genehmigungsfiktion eine effiziente Abwicklung des Geschäftsverkehrs fördert⁷⁵⁵ und daher im Interesse beider Vertragspartner ist. Im oben zitierten Beispiel⁷⁵⁶ ist die deutsche Rechtsprechung durch die Anwendung der Unklarheitenregel zu einem ineffizienten Ergebnis gekommen⁷⁵⁷. Im Einzelnen: Die Rügeobliegenheit nutzt dem Verkäufer, da er Gelegenheit erhält, Mängel der Sache rasch zu beheben und möglicherweise drohenden Schaden abzuwenden⁷⁵⁸. Dass nicht gerügte Mängel als genehmigt gelten, spart ihm ebenfalls Kosten: Je mehr Zeit nach der Lieferung verstreicht, umso kostspieliger ist es, Mängel bzw. deren Nichtvorliegen bei Gefahrübergang zu beweisen⁷⁵⁹. Der Verkäufer müsste über einen langen Zeitraum Rückstellungen für eventuelle Schadensersatzforderungen bilden, wodurch sich der Kaufpreis erhöhen würde⁷⁶⁰. Durch die Genehmigungsfiktion wird das Risiko, dass die Sache mangelhaft ist (Gewährleistungsrisiko) auf den Käufer übertragen, und zwar ab dem Zeitpunkt, zu dem hätte gerügt werden müssen. Die Vorschrift ist vergleichbar mit einer sehr kurzen Verjährungsfrist⁷⁶¹. Das ist auch für den Käufer nützlich: Die Untersuchung der Ware kostet ihn in der Regel weniger, als wenn der Verkäufer einpreisen würde, dass er das Gewährleistungsrisiko im gesetzlichen Verjährungszeitraum trägt. Diese Relation will § 377 Abs. 1 HGB sicherstellen, indem die Untersuchungsobliegenheit nur besteht „soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist“. Es bleibt Raum für die Beurteilung, wie viel die Untersuchung den Käufer gekostet hätte (z.B. wie schnell der Mangel hätte erkannt werden können, wie aufwendig eine weitergehende Untersuchung gewesen wäre u.ä.). So ist die Untersuchung dem Käufer unzumutbar, wenn die Aufwendungen zu dem materiellen Interesse, das

⁷⁵⁵ *Beimowski*, S. 25.

⁷⁵⁶ OLG Stuttgart ZIP 1983, 1468; s.o. S. 111f.

⁷⁵⁷ *Beimowski*, S. 25.

⁷⁵⁸ BGH NJW 1976, 1353 (1353); 1984, 1964 (1966).

⁷⁵⁹ *Beimowski*, S. 25.

⁷⁶⁰ *Lehmann*, S. 257.

⁷⁶¹ S. zu effizienten Verjährungsregelungen *Schäfer/Ott*, S. 531ff.

der Verkäufer und der Rechtsverkehr an der zügigen Geltendmachung etwaiger Gewährleistungsansprüche haben, in keinem vernünftigen Verhältnis stehen⁷⁶². Nimmt man nun mit der Entscheidung des OLG Stuttgart⁷⁶³ an, es sei nur eine Untersuchungs- und Rügeobliegenheit, nicht aber die Genehmigungsfiktion vereinbart worden, folgt daraus, dass der Käufer die Rüge ohne nachteilige Folgen unterlassen kann. Der Verkäufer kann sich nicht darauf berufen, dass die Ware als genehmigt gilt, sondern trägt das Risiko, dass die Ware mangelhaft ist, bis zur Verjährung. Er muss die oben genannten Kosten dafür aufwenden und sie bei der Preiskalkulation berücksichtigen, obwohl es den Käufer wahrscheinlich weniger gekostet hätte, eine Kontrolle durchzuführen. Eine solche Regelung senkt den Gesamtnutzen der Parteien aus dem Vertrag und ist damit ineffizient.

G. Sonderproblem geltungserhaltende Reduktion

I. Deutschland

Ist eine Klausel unwirksam, richtet sich der Inhalt des Vertrags insoweit nach den gesetzlichen Vorschriften, § 306 Abs. 2 BGB. Im deutschen Recht ist es grundsätzlich nicht zulässig, eine unwirksame Klausel auf das rechtlich noch erlaubte Maß zu reduzieren (Verbot der „geltungserhaltenden Reduktion“)⁷⁶⁴. Das Gericht verweist also einen Verwender, der seine Haftung umfassend ausschließt, nicht darauf, dass der Ausschluss nur für „vertragstypische vorhersehbare Schäden“ wirksam ist und wendet die Haftungsklausel dann mit diesem noch zulässigen Maß an. Sondern es lässt die Klausel gänzlich unbeachtet und bestimmt die Haftung des Verwenders nach den Maßstäben des dispositiven Rechts.

Von diesem Grundsatz bestehen Ausnahmen. Die bedeutsamste ist der sog. „blue-pencil-test“: Enthält eine Klausel sprachlich und inhaltlich abtrennbare

⁷⁶² G. Müller, in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 377 Rn. 52.

⁷⁶³ OLG Stuttgart ZIP 1983, 1468.

⁷⁶⁴ BGH NJW 1982, 2309 (2310); 1983, 1322 (1325) (betrifft Haftungsbegrenzungen); 1991, 2141 (2142f.); 1993, 326 (330); 1998, 671 (673); 2000, 1110 (1113); 2006, 1059 (1060); K. P. Berger, in P/W/W § 306 Rn. 4; Palandt/Grüneberg, § 306 Rn. 6; Lindacher, in W/L/P, AGB-Recht, § 306 Rn. 31ff.; Stoffels, Rn. 595; für Auflockerungen: Basedow, in MüKo BGB, § 306 Rn. 13ff.

Bestimmungen, die unbedenklich sind, bleiben diese wirksam, wenn sie aus sich heraus verständlich sind⁷⁶⁵. Dies hat der BGH zum Beispiel für eine Klausel in einem Leasingvertrag entschieden, die lautete: „Die Gefahr für Beschädigung, Untergang, Zerstörung oder Abhandenkommen des Fahrzeugs, gleich aus welchem Rechtsgrund, trägt der Leasingnehmer“⁷⁶⁶. Gleichzeitig hatten beide Vertragsparteien ein Sonderkündigungsrecht „im Falle der nicht reparablen Beschädigung, des Untergangs, des Verlusts oder einer Beschädigung zu mehr als 80% des Zeitwerts“. In Bezug auf die Beschädigung bemängelten die Richter, dass die Interessen des Leasingnehmers nicht ausreichend gewahrt seien, da das Erfordernis einer mehr als 80%igen Beschädigung zu hoch sei⁷⁶⁷. Die Richter befanden allerdings, das Wort „Beschädigung“ im ersten Teil der Klausel und die Wendung „oder einer Beschädigung zu mehr als 80% des Zeitwerts“ könnten gestrichen werden. Der verbleibende Teil der Klausel sei unbedenklich und bleibe nicht nur nach dem Wortlaut aus sich heraus verständlich, sondern seinem Regelungsgehalt nach auch sinnvoll⁷⁶⁸.

Für Haftungsklauseln, die die Haftung für mehrere Positionen ausschließen (z.B. entgangener Gewinn, Betriebsausfallschaden) wäre es also möglich, dass der BGH ähnlich entscheidet und nur einzelne Positionen streicht. Das bleibt allerdings eine Vermutung; Rechtssicherheit ist den Unternehmen durch den „blue-pencil-test“ nicht gegeben. Für zu niedrig angesetzte summenmäßige Haftungsbeschränkungen stellt er auch keine Lösung dar.

II. Schweiz

Bis zum Jahr 2008 war die geltungserhaltende Reduktion der uneingeschränkte Grundsatz im schweizerischen Recht⁷⁶⁹. Gerade bei quantitativer Teilnichtigkeit teilte das Bundesgericht die Klauseln in einen gültigen und einen ungültigen Teil auf, um „die Nichtigkeit im Sinne des ‚favor contractus‘ auf das notwendige Minimum zu beschränken“⁷⁷⁰. Beispielsweise beurteilte das Bundesgericht eine

⁷⁶⁵ BGH NJW 1984, 2816 (2817); 1999, 1108 (1109); NZM 2003, 754.

⁷⁶⁶ BGH NJW 1998, 2284.

⁷⁶⁷ BGH a.a.O., S. 2285.

⁷⁶⁸ BGH a.a.O., S. 2286.

⁷⁶⁹ *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262 (269).

⁷⁷⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_404/2008 vom 18.12.2008, E.5.6.3.1 m.w.N. Das unveröffentlichte Urteil ist abrufbar über swisslex.ch, zuletzt abgerufen am 21.03.2013.

Zinsabrede lediglich als in dem Umfang teilnichtig, in dem sie den Höchstzinssatz von 18% überstieg⁷⁷¹. Die Anwendung der geltungserhaltenden Reduktion wurde in der deutschen Literatur als (Mit-)Begründung dafür angegeben, warum das Schweizer Recht als „Ausweichrecht“ beliebt ist⁷⁷².

Seit einem Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 2008⁷⁷³ hat sich die Rechtslage leicht geändert. Im Fall ging es um die AGB eines Leasinggebers, die eine (zu hohe) Entschädigungszahlung vorsahen, wenn der Leasingnehmer den Vertrag vorzeitig kündigte. Zwar bezeichneten die Richter in diesem Urteil die geltungserhaltende Reduktion immer noch als Grundsatz: *„Es bleibt somit dabei, dass eine das gesetzlich erlaubte Höchstmass übersteigende Verpflichtung nach Massgabe des hypothetischen Parteiwillens grundsätzlich auf das erlaubte Mass zu reduzieren ist“*⁷⁷⁴. Allerdings schlossen sie sich der Kritik der Lehre an der geltungserhaltenden Reduktion an *„insoweit, als der Nichtigkeitsgrund in einem Verstoss gegen eine zwingende Norm zum Schutz der schwächeren Vertragspartei liegt und die mangelhafte Klausel in vorgedruckten AGB enthalten ist, in denen in einer Weise erheblich von der gesetzlichen Ordnung abgewichen wird, dass die Vermutung nahe liegt, es werde damit gezielt der Schutzzweck derselben unterlaufen“*⁷⁷⁵. Unter diesen Voraussetzungen sei eine geltungserhaltende Reduktion also abzulehnen. Teilweise wird daraus in der schweizerischen Literatur der Schluss gezogen, die geltungserhaltende Reduktion finde in AGB-Verträgen generell keine Anwendung mehr, sodass die Rechtslage der Schweiz nunmehr mit der in Deutschland vergleichbar sei⁷⁷⁶. Jedoch ist auch die zweite Voraussetzung zu beachten, die die Richter aufstellten: Es muss gegen eine zwingende Norm verstoßen worden sein, die dem Schutz der schwächeren Vertragspartei dient⁷⁷⁷. Deshalb konstatieren z.B. *Hess/Ruckstuhl*, das „Bundesgericht [habe] seine Praxis zur quantitativen Teilnichtigkeit wohl nicht grundlegend geändert“ und die zitierte Entscheidung sei hinsichtlich der

⁷⁷¹ BGE 93 II 189 E. b (S. 192).

⁷⁷² *Kondring*, RIW 2010, 184 (185).

⁷⁷³ BG 4A_404/2008 (s. Fn. 770).

⁷⁷⁴ BG a.a.O., E.5.6.3.1.

⁷⁷⁵ BG a.a.O. E.5.6.3.2 a.E.

⁷⁷⁶ *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262 (269).

⁷⁷⁷ Vgl. auch *Fuhrer*, HAVE 2010, 32.

„Teilnichtigkeit von AGB nicht verallgemeinerungsfähig“⁷⁷⁸. Dies gilt umso mehr für die hier interessierenden Unternehmerverträge, die nicht Gegenstand der Entscheidung waren und bei denen eine „zwingende Norm zum Schutz der schwächeren Vertragspartei“ nicht ohne Weiteres zu finden sein wird. Jedoch bleibt zu abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts weiter entwickeln wird.

III. England

Im Anwendungsbereich des Unfair Contract Terms Acts ist eine geltungserhaltende Reduktion nicht zulässig. Es sei nicht mit den Zielen des Acts vereinbar, den beanstandeten Teil einer insgesamt unwirksamen Klausel zu streichen und den verbliebenen Teil aufrecht zu erhalten, so die Richter des Court of Appeal⁷⁷⁹. In einer Entscheidung von 2009 wandten die Richter diese Rechtsprechung an, als es um den Ausschluss von Schadensersatz für mittelbare und unmittelbare Schäden in einer Klausel ging⁷⁸⁰. Hintergrund des Rechtsstreits war eine leasingähnliche Vertragskonstellation. Der (deutsche) Hersteller einer Druckmaschine hatte gegenüber dem englischen Leasingnehmer eine 12-monatige Garantie für solche Mängel an der Maschine gegeben, die auf mangelhaftem Material oder mangelhafter Herstellung beruhten⁷⁸¹. Die Garantie beschränkte sich auf Nachbesserung oder Neulieferung nach der Wahl des Herstellers; Schadensersatz für unmittelbare und mittelbare Schäden sollte ausgeschlossen sein⁷⁸². Diese Klausel wurde vom Gericht insgesamt für unwirksam erklärt: Die Richter hielten es für unangemessen (unreasonable) im Sinne des Unfair Contract Terms Acts, dass der Hersteller seine Haftung für

⁷⁷⁸ Hess/Ruckstuhl, AJP 2012, 1188 (1209/1210).

⁷⁷⁹ *Stewart Gill Ltd v Horatio Myer & Co Ltd*, [1992] QB 600 (608f.): *“It is the term as a whole that has to be reasonable and not merely some part of it. [...] [It does not appear] consistent with the policy and purpose of the Act to permit a contract or to impose a contractual term, which taken as a whole is completely unreasonable, to put a blue pencil through the most offensive parts and say that what is left is reasonable and sufficient to exclude or restrict his liability in a manner relied upon”*.

⁷⁸⁰ *Lobster Group Ltd v Heidelberg Graphic Equipment Ltd*, [2009] EWHC 1919 (TCC), Rn. 131.

⁷⁸¹ *“The goods are guaranteed for ... twelve months against breakdown due to defective material or workmanship in manufacture”* (Rn. 105 des Urteils).

⁷⁸² *“This guarantee is confined to replacement or repair at [HGL’s] option of the defective part and the repair of any damage to the equipment arising from the failure of the said part and any payment by way of damages whether for immediate or consequential loss is expressly excluded”* (Rn. 105 des Urteils).

unmittelbare Schäden ausschloss⁷⁸³. Denn wenn es ihm nicht gelänge, die Maschine zu reparieren oder zu ersetzen, sei es unangemessen, dass der Leasingnehmer die dadurch entstehenden Kosten nicht einfordern könne⁷⁸⁴. Zwar sei der Ausschluss der Haftung für mittelbare Schäden bzw. Folgeschäden grundsätzlich nicht unangemessen⁷⁸⁵. Jedoch werde die gesamte Klausel dadurch unwirksam, dass sie auch unmittelbare Schäden erfasse⁷⁸⁶.

Die Weigerung der Richter, eine Klausel, soweit angemessen, aufrecht zu erhalten, wurde in der Literatur kritisch aufgefasst. Eine solche Vorgehensweise stelle einen zu schwerwiegenden Eingriff in unternehmerische Verträge dar und sei jedenfalls dort unangebracht, wo die Parteien gleiche Verhandlungsmacht hätten und die Klausel in einem vorhersehbaren Kontext verwendet werde⁷⁸⁷. Auch der Umstand, dass die als „unangemessen“ beurteilten Klauselteile in der Präzedenzentscheidung gar nicht streitentscheidend waren, wurde bemängelt⁷⁸⁸. Soweit ersichtlich, macht die Rechtsprechung von diesem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ keine Ausnahmen⁷⁸⁹. Offen gelassen wurde dies nur für solche Fälle, in denen eine Klausel Teile enthält, die nach dem Unfair Contract Terms Act absolut unwirksam sind, sowie solche, die nur wirksam sind, wenn sie angemessen im Sinne des Acts sind⁷⁹⁰.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des Unfair Contract Terms Acts gelten die Auslegungsregeln des *common law*, s.o. S. 89ff. Für eine geltungserhaltende Reduktion im technischen Sinn ist hier kein Raum, da es keine Unwirksamkeitsvorschriften wie im Unfair Contract Terms Act gibt. Eine geltungserhaltende Reduktion setzt voraus, dass eine Klausel in dem Umfang, in dem sie formuliert ist, unwirksam ist. Die Frage lässt sich sicher stellen, ob die Auslegung nach den *common-law*-Regeln im Einzelfall dennoch einer

⁷⁸³ *Lobster Group v Heidelberg Graphic* (Fn. 780), Rn. 130.

⁷⁸⁴ Ebd.

⁷⁸⁵ *Lobster Group v Heidelberg Graphic* (Fn. 764), Rn. 131.

⁷⁸⁶ Ebd.

⁷⁸⁷ *Brown/Chandler*, L.Q.R. 109 (1993), 41 (43, 45). Die Klausel war ausgehandelt und aufgrund ihres Inhalts trotzdem secs. 11 und 13 UCTA unterworfen.

⁷⁸⁸ *Brown/Chandler* a.a.O, S. 43; *Cumberbatch*, N.I.L.Q. 43 (1992), 296 (300); *Hedley*, C.L.J. 51 (1992), 418 (420).

⁷⁸⁹ Vgl. *Guest*, in *Chitty on Contracts*, Vol. I, Rn. 14-100 bis 14-102.

⁷⁹⁰ *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd* [1983] 2 A.C. 803 (816).

geltungserhaltenden Reduktion gleichkommt. Dies zu beantworten, würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

IV. Vergleich

Im deutschen und englischen Recht wird eine geltungserhaltende Reduktion unwirksamer Klauseln im B2B-Verkehr nicht vorgenommen, sodass die Klauseln immer vollumfänglich nichtig sind. Im deutschen Recht werden hiervon Ausnahmen gemacht, insbesondere der sog. „blue-pencil-test“. Dieser wird im englischen Recht abgelehnt. Im schweizerischen Recht ist eine geltungserhaltende Reduktion grundsätzlich zulässig und wird vor allem bei quantifizierbarer Nichtigkeit angewandt. Dies gilt zwar nicht, wenn die Klausel gegen eine zwingende Norm verstößt, die dem Schutz einer schwächeren Vertragspartei dient und die Klausel in vorgedruckten AGB enthalten ist, in denen so „erheblich von der gesetzlichen Ordnung abgewichen wird, dass die Vermutung nahe liegt, es werde damit gezielt der Schutzzweck derselben unterlaufen“⁷⁹¹. Es spricht allerdings vieles dafür, dass dies in B2B-Verträgen die Ausnahme sein dürfte.

Die geltungserhaltende Reduktion wird von weiten Teilen des rechtsökonomischen Schrifttums befürwortet. Hier sollen nur die Eckpunkte dargestellt werden, um darzulegen, warum es sinnvoll sein kann, eine Klausel gerichtlich auf das noch zulässige inhaltliche Maß zu reduzieren.

Gerichtsentscheidungen führen zu Rechtssicherheit. Die Teilnehmer des Rechtsverkehrs orientieren sich an Gerichtsurteilen und erwarten dies auch von anderen, drohte doch andernfalls die gerichtliche Aufhebung ihrer Geschäfte⁷⁹². Das Verhalten anderer wird also durch Gerichtsurteile mittelbar prognostizierbar⁷⁹³. So sparen alle Teilnehmer des Geschäftsverkehrs Kontroll- und Verhandlungskosten, weil die entscheidenden rechtlichen Aspekte als gegeben hingenommen werden⁷⁹⁴ (vergleichbar mit der Entlastungsfunktion des dispositiven Rechts). Der Bogen zur geltungserhaltenden Reduktion lässt sich wie folgt schlagen: Wenn nun das Gericht in aller Konsequenz eine Klausel für

⁷⁹¹ BG 4A_404/2008 (Fn. 770), E.5.6.3.2.

⁷⁹² *Beimowski*, S. 122.

⁷⁹³ *Ebda.*

⁷⁹⁴ *Ebda.*

vollständig unwirksam erklärt, wissen die Parteien nur, welche Risikoverteilung *nicht* akzeptiert wird⁷⁹⁵. Unsicherheit entsteht, die nur durch ein ewiges „trial and error“-Vorgehen behoben werden kann⁷⁹⁶. Der oben genannte Einsparungseffekt entfällt, die Transaktionskosten steigen. Es ist deshalb wesentlich sinnvoller, wenn das Gericht im Urteil verbindlich festhält, welche Risikoverteilung angemessen ist⁷⁹⁷. Hinzu kommt, dass ein „trial and error“-Vorgehen zu übermäßig kundenfreundlicher Klauselgestaltung und damit zu unnötigen Preiserhöhungen führen kann⁷⁹⁸.

Als Hauptargument gegen die geltungserhaltende Reduktion wird angeführt, sie ermögliche es dem Verwender, seine Klausel beliebig kundenfeindlich auszugestalten und darauf zu hoffen, dass der eingeschüchterte Kunde sie nicht angreife⁷⁹⁹. Im Fall eines Prozesses diene ihm die geltungserhaltende Reduktion dann als Sicherheitsnetz. Die Gerichte fungierten als „Erfüllungsgehilfen“ des Verwenders, anstatt ihn von der Verwendung unangemessener AGB abzuschrecken. Zum einen ist dieses Argument im unternehmerischen Geschäftsverkehr nur begrenzt tragfähig. Jedenfalls ein branchenerfahrener Unternehmer ist nicht so leicht „einzuschüchtern“ wie ein Durchschnittskunde. Somit ist auf dieser individuellen Ebene die Möglichkeit hoch, dass der AGB-Verwender für seine Klausel zur Rechenschaft gezogen wird. Zum anderen ist mit *Beimowski* einzuwenden, dass mangels Gegenbeweises eine abschreckende Wirkung („Selbstreinigung der AGB“) ebenso gut erreicht werden kann, wenn die Klausel auf das noch zulässige Maß reduziert wird⁸⁰⁰. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Verwender sich über das zulässige Maß im Unklaren war und es auch sein durfte. Letzteres ist allerdings nicht anzunehmen, wenn die Klausel „ganz eindeutig oder klar erkennbar oder in quantitativ erheblichem Umfang“⁸⁰¹ gegen Vorschriften des dispositiven Rechts oder bisherige ständige Rechtsprechung

⁷⁹⁵ *Beimowski*, S. 123.

⁷⁹⁶ Vgl. ebda.

⁷⁹⁷ Diese Verbindlichkeit kann nur durch ein Urteil, nicht durch obiter dictum erreicht werden, *Beimowski*, S. 124.

⁷⁹⁸ *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771 (801).

⁷⁹⁹ BGH NJW 1984, 48 (49); NJW 1986, 1610 (1612); NJW 1992, 575 (576); *H. Schmidt*, in U/B/H, AGB-Recht, § 306 Rn. 14; *Stoffels*, Rn. 593 m.w.N.

⁸⁰⁰ *Beimowski*, S. 125.

⁸⁰¹ *Kötz*, NJW 1979, 785 (789).

verstößt⁸⁰². Das bedeutet: eine geltungserhaltende Reduktion ist dann sinnvoll und geboten, wenn die Klausel nur in Maßen von Gesetz oder ständiger Rechtsprechung abweicht und (deshalb) davon auszugehen ist, dass der Verwender sich über das zulässige Maß im Unklaren war. Sie sollte so ausgestaltet sein, dass der effiziente Teil einer teilbaren Klausel aufrecht erhalten wird⁸⁰³.

Für die untersuchten Rechtsordnungen gilt daher, dass eine geltungserhaltende Reduktion nicht per se abgelehnt werden sollte, wie z.B. im englischen Recht. Gerade wenn der Rechtsstreit einen Teil der Klausel betrifft und *ein anderer* Teil der Klausel unwirksam ist, sollte eine geltungserhaltende Reduktion möglich sein. Der „blue-pencil-test“ oder die Korrektur mengenmäßig bestimmter Klauseln ist ein weiterer denkbarer Ansatz.

⁸⁰² Kötz ebda.; Beimowski, S. 126; Basedow, in MüKo BGB § 306 Rn. 13; Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771 (801).

⁸⁰³ Beimowski, S. 126.

H. Fazit

Das deutsche Recht ist gegenüber dem schweizerischen und englischen Recht tatsächlich etwas restriktiver, was Allgemeine Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr betrifft. Das folgt zum einen daraus, dass der Bundesgerichtshof bisher hohe Anforderungen an das „Aushandeln“ gestellt hat. Hier könnte allerdings die Entscheidung vom 25.10.2012⁸⁰⁴ einen Kurswechsel einleiten, da in dieser Entscheidung die Ausstrahlungswirkung einzelner, ausgehandelter Klauseln auf das gesamte Vertragswerk bejaht wurde. Das hat zur Folge, dass sog. „Paketlösungen“ zukünftig nicht mehr der Inhaltskontrolle unterliegen dürften. Im schweizerischen und englischen Recht wird auch bisher schon angenommen, dass das Verhandeln über einzelne Klauseln das gesamte Vertragswerk zu einer Individualvereinbarung macht (sog. „all-or-nothing-approach“).

Zum anderen sind die inhaltlichen Eingriffe in den Vertrag im schweizerischen und englischen Recht weniger ausgeprägt. Mit Einschränkungen lässt sich sagen, dass es für Unternehmer einfacher ist, Haftungsbeschränkungen in diesen Rechtsordnungen zu vereinbaren, als im deutschen Recht.

Zwar gilt auch in der Schweiz, dass die Haftung für grob fahrlässige Pflichtverletzungen nicht rechtssicher ausgeschlossen oder begrenzt werden kann, sondern nur für leichte und mittlere Fahrlässigkeit⁸⁰⁵. In diesem Bereich gilt dann aber nur die Ungewöhnlichkeitsregel, die durch einen deutlichen Hinweis auf die Klausel umgangen werden kann. Außerdem wird man wohl weiterhin davon ausgehen können, dass die schweizerische Rechtsprechung Klauseln in B2B-Verträgen insoweit aufrechterhalten wird, als sie noch zulässig sind.

In England wird der Reasonableness-Test durch die Gerichte sehr zurückhaltend angewandt, wenn es um den unternehmerischen Geschäftsverkehr geht. Internationale Lieferverträge werden aufgrund des englischen Sonderwegs gar nur nach dem *common law* ausgelegt. Zwar gilt hier – wie in allen untersuchten Rechtsordnungen – dass Unklarheiten zulasten des Verwenders gehen. Der Verwender muss aufgrund der streng am Wortlaut orientierten Auslegung

⁸⁰⁴ Az. VII ZR 56/11, ZIP 2012, 2508.

⁸⁰⁵ Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Ausschluss der Haftung für grob fahrlässige Pflichtverletzungen steht noch aus, s.o. bei „Verhältnis von Art. 199 zu Artt. 100, 101 OR“.

Haftungsklauseln besonders sorgfältig formulieren, damit sie die gewünschten Fälle umfassen. An die Wirksamkeit von Haftungsbeschränkungen werden in dieser Hinsicht jedoch weniger strenge Maßstäbe angelegt als an die von Haftungsausschlüssen. Sofern der Vertrag dem Unfair Contract Terms Act unterliegt, sollten unterschiedliche Schadensarten und –ursachen in deutlich voneinander getrennten Klauseln geregelt werden, da sonst die Gesamtnunwirksamkeit der ganzen Klausel droht.

Gemeinsamkeiten weisen die untersuchten Rechtsordnungen darin auf, dass AGB vereinfacht in den Vertrag einbezogen werden, wenn die beteiligten Unternehmer in einer laufenden Geschäftsbeziehung miteinander stehen. Außerdem werden überall Hinweise auf besonders benachteiligende oder ungewöhnliche Klauseln gefordert.

Hinsichtlich der ökonomischen Analyse ist festzuhalten: Es ist wichtig, dass das Verhältnis berücksichtigt wird, in dem der Vertragswert und die Kosten der Transaktion zueinander stehen. Erst wenn es sich wirtschaftlich nicht „lohnt“, die AGB zu erfassen, ist eine AGB-Kontrolle geboten. Das ist der Regelfall. Ausnahmen bilden Verträge mit sehr hohem nominalem Wert oder sehr hohem Haftungsrisiko⁸⁰⁶ oder Verträge, bei denen die Informationskosten trotz vorformulierter Vertragsbedingungen verhältnismäßig gering sind. Solche Fälle sind grundsätzlich von der Inhaltskontrolle auszunehmen. Im Folgenden werden beispielhaft einige Wege gezeigt, wie dies in den untersuchten Rechtsordnungen umgesetzt oder diskutiert wird. Da sich jedoch Vertragswert und Informationskosten in den wenigsten Fällen genau beziffern lassen, sind auch Kompromisslösungen möglich. Diese werden im Anschluss aufgeführt.

In methodischer Hinsicht gibt es für die Ausnahme eines Vertrags von der Inhaltskontrolle mehrere Möglichkeiten. Die erste besteht darin, solche Verträge schon nicht als Allgemeine Geschäftsbedingungen einzustufen. Im deutschen Recht ist hier an die Stellschraube des „Aushandelns“ zu denken: Als ausgehandelt könnten solche Verträge gelten, die eine bestimmte Wertgrenze überschreiten (s. zu bestimmten Wertgrenzen noch unten). Auch die Frage der

⁸⁰⁶ S.o. S. 50.

Ausstrahlungswirkung einzelner ausgehandelter Klauseln gehört hierher: Wenn die Parteien über einzelne Klauseln verhandeln, ist davon auszugehen, dass sie ihren jeweiligen Nutzen aus dem Vertrag als so hoch einstufen, dass es sich für sie wirtschaftlich lohnt, die Bedingungen genau zu erfassen und an einigen Stellen gegebenenfalls Änderungen zu erreichen. Hinzu kommt, dass das taktische Nichtverhandeln über einzelne Klauseln ein opportunistisches Verhalten und damit aus ökonomischer Perspektive unerwünscht ist⁸⁰⁷. Deshalb sollte hier keine Inhaltskontrolle stattfinden.

Eine zweite Möglichkeit besteht darin, Verträge ab bestimmten Wertgrenzen generell von der Inhaltskontrolle auszunehmen, wie es der Vorschlag der Law Commissions vorsieht. Eine solche Bereichsausnahme würde den Umweg über den AGB-Begriff („gelten als ausgehandelt“) überflüssig machen und könnte daher methodisch vorzugswürdig sein. Allerdings ist hier zu beachten, dass die Regelung flexibel sein müsste, um Fälle zu berücksichtigen, in denen der nominale Vertragswert nicht das Haftungsrisiko widerspiegelt, das die Parteien oder eine von ihnen mit dem Vertrag eingeht⁸⁰⁸. Auch müsste sie Parameter bereithalten, um den Wert eines Vertrags zu bestimmen. Dadurch könnte die gewünschte Rechtssicherheit wieder aufgeweicht werden.

Die klare Grenzziehung ist das Grundproblem, wenn es um die Ausnahme bestimmter Verträge von der Inhaltskontrolle geht. Denn wie erwähnt, lässt sich der Nutzen oder das Risiko einer Partei aus einem Vertrag oft nicht genau beziffern. Daher ist alternativ an Kompromisslösungen zu denken, die auch in den untersuchten Rechtsordnungen an einigen Stellen durchklingen: Je eher davon auszugehen ist, dass der Nutzen der Verwendergegenseite aus dem Vertrag höher ist als ihre Informationskosten, desto geringer sollte der richterliche Eingriff in die vertragliche Risikoverteilung ausfallen.

Ein gutes Beispiel hierfür ist das Differenzierungsgebot des § 310 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB. Danach müssen die Gerichte bei der AGB-Inhaltskontrolle nach § 307 BGB „auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche

⁸⁰⁷ S.o. S. 46ff.

⁸⁰⁸ S.o. S. 50 - der potenzielle Schaden kann oftmals größer sein als die Summe, zu der der Vertrag abgeschlossen wird.

angemessen Rücksicht [...] nehmen“, wenn es um AGB geht, die gegenüber Unternehmern verwendet werden. Wie oben gezeigt, haben Unternehmer geringere Informationskosten, wenn das fragliche Geschäft zum Kernbereich ihres unternehmerischen Handelns gehört⁸⁰⁹. Daher kann man – im Sinne des vorgestellten Kompromisses – tendenziell eher davon ausgehen, dass ihr Nutzen aus dem Vertrag höher sein wird als die Kosten dafür, die AGB zu erfassen. Folglich sollte der inhaltliche Eingriff in den Vertrag gering ausfallen. Darauf zielt die Regelung durch den Hinweis auf die angemessene Rücksichtnahme auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche auch ab.

Damit eine solche Regelung wirklich der Kompromisslösung entspricht, muss aber die Unternehmereigenschaft davon abhängig gemacht werden, ob das Geschäft zum Kernbereich des unternehmerischen Handelns gehört. Das heißt, es ist stets eine Einzelfallprüfung notwendig. Beispielhaft sei hier das englische Verständnis unter dem Unfair Contract Terms Act genannt. Danach handelt der Vertragspartner als Unternehmer bei „wesentlichen Bestandteilen des ausgeübten Geschäfts“ und bei regelmäßigen Nebengeschäften. Bei diesen Geschäften ist anzunehmen, dass er Routine und damit niedrige Informationskosten hinsichtlich des fraglichen Vertrags hat.

Auch die schweizerische Ungewöhnlichkeitsregel lässt sich als eine solche Kompromisslösung einordnen: Sie setzt voraus, dass der Vertragspartner des AGB-Verwenders schwach oder unerfahren ist. Aus ökonomischer Perspektive bedeutet dies, dass er regelmäßig hohe Informationskosten hat. Erst dann wird eine richterliche Überprüfung der Klausel auf ihre „Ungewöhnlichkeit“ zugelassen. Auch hier lassen die einzelnen Kriterien dem Richter Spielraum, inwieweit er einen Eingriff für geboten hält.

In jedem Fall sollte eine inhaltliche Kontrolle von Haftungsklauseln das individuelle Risiko berücksichtigen, das heißt die Frage, wer das Risiko besser abschätzen und beherrschen kann. Dafür ist eine Differenzierung nach der Art des Risikos erforderlich. Entgangener Gewinn und drohende Betriebsausfälle dürften regelmäßig vom Käufer einer Sache besser abzuschätzen und zu beherrschen sein.

⁸⁰⁹ S.o. unter Routine-Effekt, S. 61f.

Abschließend lässt sich sagen, dass alle untersuchten Rechtsordnungen sowohl Elemente enthalten, die aus ökonomischer Perspektive sinnvoll sind, als auch Einfallstore dafür, weitere ökonomische Wertungen einfließen zu lassen. Ein schlüssiges ökonomisches Gesamtkonzept ist in den Rechtsordnungen nicht auszumachen, doch vielleicht auch nicht nötig, solange im Einzelfall wirtschaftlich vertretbare Entscheidungen getroffen werden. Denn auch die ökonomische Analyse des Rechts bietet nicht für jedes Problem, das sich im AGB-Recht im unternehmerischen Geschäftsverkehr stellt, umfassende Antworten. Sie kann jedoch als Argumentationshilfe herangezogen werden. Diese Arbeit soll dazu einen Beitrag leisten.

Anhang

Auszüge aus dem Obligationenrecht

Erste Abteilung: Allgemeine Bestimmungen

Zweiter Titel: Die Wirkung der Obligationen

Zweiter Abschnitt: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 - Art. 109

- Art. 97** A. Ausbleiben der Erfüllung
 I. Ersatzpflicht des Schuldners
 1. Im Allgemeinen

¹Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

[...]

- Art. 100** 2. Wegbedingung der Haftung

¹Eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, ist nichtig.

²Auch ein zum voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden kann nach Ermessen des Richters als nichtig betrachtet werden, wenn der Verzichtende zur Zeit seiner Erklärung im Dienst des anderen Teiles stand, oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt.

³Vorbehalten bleiben die besonderen Vorschriften über den Versicherungsvertrag.

- Art. 101** 3. Haftung für Hilfspersonen

¹Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer vornehmen lässt, hat dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht.

²Diese Haftung kann durch eine zum voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben werden.

³Steht aber der Verzichtende im Dienst des andern oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes, so darf die Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden.

[...]

Zweite Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse

Sechster Titel: Kauf und Tausch

Zweiter Abschnitt: Der Fahrniskauf

- Art. 197** III. Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache
1. Gegenstand der Gewährleistung
a. Im Allgemeinen

¹Der Verkäufer haftet dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern.

²Er haftet auch dann, wenn er die Mängel nicht gekannt hat.

- Art. 199** 2. Wegbedingung

Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat.

[...]

- Art. 201** 4. Mängelrüge

¹Der Käufer soll, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Sache prüfen und, falls sich Mängel ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem sofort Anzeige machen.

²Versäumt dieses der Käufer, so gilt die gekaufte Sache als genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren.

[...]

- Art. 205** 7. Inhalt der Klage des Käufers
a. Wandelung oder Minderung

¹Liegt ein Fall der Gewährleistung wegen Mängel der Sache vor, so hat der Käufer die Wahl, mit der Wandelungsklage den Kauf rückgängig zu machen oder mit der Minderungsklage Ersatz des Minderwertes der Sache zu fordern.

²Auch wenn die Wandelungsklage angestellt worden ist, steht es dem Richter frei, bloss Ersatz des Minderwertes zuzusprechen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen.

³Erreicht der geforderte Minderwert den Betrag des Kaufpreises, so kann der Käufer nur die Wandelung verlangen.

Art. 206 b. Ersatzleistung

¹Geht der Kauf auf die Lieferung einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen, so hat der Käufer die Wahl, entweder die Wandelungs- oder die Minderungsklage anzustellen oder andere wahrhafte Ware derselben Gattung zu fordern.

²Wenn die Sachen dem Käufer nicht von einem andern Orte her zugesandt worden sind, ist auch der Verkäufer berechtigt, sich durch sofortige Lieferung wahrhafter Ware derselben Gattung und Ersatz allen Schadens von jedem weiteren Anspruche des Käufers zu befreien.

[...]

Art. 208 8. Durchführung der Wandelung

a. Im Allgemeinen

¹Wird der Kauf rückgängig gemacht, so muss der Käufer die Sache nebst dem inzwischen bezogenen Nutzen dem Verkäufer zurückgeben.

²Der Verkäufer hat den gezahlten Verkaufspreis samt Zinsen zurückzuerstatten und überdies, entsprechend den Vorschriften über die vollständige Entwehrung, die Prozesskosten, die Verwendungen und den Schaden zu ersetzen, der dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist.

³Der Verkäufer ist verpflichtet, den weitem Schaden zu ersetzen, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

[...]

Art. 210 9. Verjährung

¹Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf von zwei Jahren nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, dass der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit übernommen hat.

²Die Frist beträgt fünf Jahre, soweit Mängel einer Sache, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist, die Mangelhaftigkeit des Werkes verursacht haben.

[...]

⁴Eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist ist ungültig, wenn:

- a) sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt;
- b) die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist; und
- c) der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.

Auszüge aus dem Unfair Contract Terms Act 1977

1 Scope of Part I.

- (1) For the purposes of this Part of this Act, “negligence” means the breach—
- (a) of any obligation, arising from the express or implied terms of a contract, to take reasonable care or exercise reasonable skill in the performance of the contract;
 - (b) of any common law duty to take reasonable care or exercise reasonable skill (but not any stricter duty);
 - (c) [...]
- (2) [...]
- (3) In the case of both contract and tort, sections 2 to 7 apply (except where the contrary is stated in section 6(4)) only to business liability, that is liability for breach of obligations or duties arising—
- (a) from things done or to be done by a person in the course of a business (whether his own business or another’s); or
 - (b) from the occupation of premises used for business purposes of the occupier;
- and references to liability are to be read accordingly. [...]

2 Negligence Liability.

- (1) A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence.
- (2) In the case of other loss or damage, a person cannot so exclude or restrict his liability for negligence except in so far as the term or notice satisfies the requirement of reasonableness.
- (3) Where a contract term or notice purports to exclude or restrict liability for negligence a person’s agreement to or awareness of it is not of itself to be taken as indicating his voluntary acceptance of any risk.

3 Liability arising in contract.

- (1) This section applies as between contracting parties where one of them deals as consumer or on the other’s written standard terms of business.
- (2) As against that party, the other cannot by reference to any contract term—
- (a) when himself in breach of contract, exclude or restrict any liability of his in respect of the breach; or
 - (b) claim to be entitled—
 - (i) to render a contractual performance substantially different from that which was reasonably expected of him, or

(ii) in respect of the whole or any part of his contractual obligation, to render no performance at all, except in so far as (in any of the cases mentioned above in this subsection) the contract term satisfies the requirement of reasonableness.

[...]

6 Sale and hire purchase.

(1) Liability for breach of the obligations arising from—

(a) section 12 of the Sale of Goods Act 1979 (seller's implied undertakings as to title, etc.);

(b) section 8 of the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 (the corresponding thing in relation to hire-purchase),

cannot be excluded or restricted by reference to any contract term.

(2) As against a person dealing as consumer, liability for breach of the obligations arising from—

(a) section 13, 14, or 15 of the 1979 Act (sellers's implied undertakings as to conformity of goods with description or sample, or as to their quality or fitness for a particular purpose);

(b) section 9, 10 or 11 of the 1973 Act (the corresponding things in relation to hire-purchase),

cannot be excluded or restricted by reference to any contract term.

(3) As against a person dealing otherwise than as consumer, the liability specified in subsection (2) above can be excluded or restricted by reference to a contract term, but only in so far as the term satisfies the requirement of reasonableness.

(4) The liabilities referred to in this section are not only the business liabilities defined by section 1(3), but include those arising under any contract of sale of goods or hire-purchase agreement.

[...]

11 The "reasonableness" test.

(1) In relation to a contract term, the requirement of reasonableness for the purposes of this Part of this Act [...] is that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made.

(2) In determining for the purposes of section 6 or 7 above whether a contract term satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular to the matters specified in Schedule 2 to this Act; but this subsection does not prevent the court or arbitrator from holding, in accordance with any

rule of law, that a term which purports to exclude or restrict any relevant liability is not a term of the contract.

(3) [...]

(4) Where by reference to a contract term or notice a person seeks to restrict liability to a specified sum of money, and the question arises (under this or any other Act) whether the term or notice satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular (but without prejudice to subsection (2) above in the case of contract terms) to—

- (a) the resources which he could expect to be available to him for the purpose of meeting the liability should it arise; and
- (b) how far it was open to him to cover himself by insurance.

(5) It is for those claiming that a contract term or notice satisfies the requirement of reasonableness to show that it does.

[...]

26 International supply contracts.

(1) The limits imposed by this Act on the extent to which a person may exclude or restrict liability by reference to a contract term do not apply to liability arising under such a contract as is described in subsection (3) below.

(2) The terms of such a contract are not subject to any requirement of reasonableness under section 3 or 4: and nothing in Part 11 of this Act shall require the incorporation of the terms of such a contract to be fair and reasonable for them to have effect.

(3) Subject to subsection (4), that description of contract is one whose characteristics are the following—

- (a) either it is a contract of sale of goods or it is one under or in pursuance of which the possession or ownership of goods passes; and
- (b) it is made by parties whose places of business (or, if they have none, habitual residences) are in the territories of different States (the Channel Islands and the Isle of Man being treated for this purpose as different States from the United Kingdom).

(4) A contract falls within subsection (3) above only if either—

- (a) the goods in question are, at the time of the conclusion of the contract, in the course of carriage, or will be carried, from the territory of one State to the territory of another; or
- (b) the acts constituting the offer and acceptance have been done in the territories of different States; or

(c) the contract provides for the goods to be delivered to the territory of a State other than that within whose territory those acts were done.

27 Choice of law clauses.

(1) Where the law applicable to a contract is the law of any part of the United Kingdom only by choice of the parties (and apart from that choice would be the law of some country outside the United Kingdom) sections 2 to 7 and 16 to 21 of this Act do not operate as part of the law applicable to the contract.

(2) This Act has effect notwithstanding any contract term which applies or purports to apply the law of some country outside the United Kingdom, where (either or both)—

(a) the term appears to the court, or arbitrator or arbiter to have been imposed wholly or mainly for the purpose of enabling the party imposing it to evade the operation of this Act; or

(b) in the making of the contract one of the parties dealt as consumer, and he was then habitually resident in the United Kingdom, and the essential steps necessary for the making of the contract were taken there, whether by him or by others on his behalf.

(3) [...]

Schedule 2 - “Guidelines” for Application of Reasonableness Test.

The matters to which regard is to be had in particular for the purposes of sections 6(3), 7(3) and (4), 20 and 21 are any of the following which appear to be relevant—

(a) the strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking into account (among other things) alternative means by which the customer’s requirements could have been met;

(b) whether the customer received an inducement to agree to the term, or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having a similar term;

(c) whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and the extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and any previous course of dealing between the parties);

(d) where the term excludes or restricts any relevant liability if some condition was not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable;

(e) whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer.

Auszüge aus dem Sale of Goods Act

13 Sale by description.

(1) Where there is a contract for the sale of goods by description, there is an implied term that the goods will correspond with the description.

(1A) As regards England and Wales and Northern Ireland, the term implied by subsection (1) above is a condition.

(2) If the sale is by sample as well as by description it is not sufficient that the bulk of the goods corresponds with the sample if the goods do not also correspond with the description.

[...]

14 Implied terms about quality or fitness.

(1) Except as provided by this section and section 15 below and subject to any other enactment, there is no implied term about the quality or fitness for any particular purpose of goods supplied under a contract of sale.

(2) Where the seller sells goods in the course of a business, there is an implied term that the goods supplied under the contract are of satisfactory quality.

(2A) For the purposes of this Act, goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances.

(2B) For the purposes of this Act, the quality of goods includes their state and condition and the following (among others) are in appropriate cases aspects of the quality of goods—

(a) fitness for all the purposes for which goods of the kind in question are commonly supplied,

(b) appearance and finish,

(c) freedom from minor defects,

(d) safety, and

(e) durability.

[...]

(3) Where the seller sells goods in the course of a business and the buyer, expressly or by implication, makes known—

(a) to the seller, or

(b) where the purchase price or part of it is payable by instalments and the goods were previously sold by a credit-broker to the seller, to that credit-broker,

any particular purpose for which the goods are being bought, there is an implied term that the goods supplied under the contract are reasonably fit for that purpose, whether or not that is a purpose for which such goods are commonly supplied, except where the circumstances show that the buyer does not rely, or that it is unreasonable for him to rely, on the skill or judgment of the seller or credit-broker.

[...]

15 Sale by sample.

(1) A contract of sale is a contract for sale by sample where there is an express or implied term to that effect in the contract.

(2) In the case of a contract for sale by sample there is an implied term —

(a) that the bulk will correspond with the sample in quality;

[...]

(c) that the goods will be free from any defect, making their quality unsatisfactory, which would not be apparent on reasonable examination of the sample.

(3) As regards England and Wales and Northern Ireland, the term implied by subsection (2) above is a condition.

[...]

15A Modification of remedies for breach of condition in non-consumer cases.

(1) Where in the case of a contract of sale—

(a) the buyer would, apart from this subsection, have the right to reject goods by reason of a breach on the part of the seller of a term implied by section 13, 14 or 15 above, but

(b) the breach is so slight that it would be unreasonable for him to reject them,

then, if the buyer does not deal as consumer, the breach is not to be treated as a breach of condition but may be treated as a breach of warranty.

[...]

Auszüge aus dem Unfair Terms in Contracts – Draft

1 Business liability for negligence

(1) Business liability for death or personal injury resulting from negligence cannot be excluded or restricted by a contract term or a notice.

(2) Business liability for other loss or damage resulting from negligence cannot be excluded or restricted by a contract term or a notice unless the term or notice is fair and reasonable.

(3) “Business liability” means liability arising from—

(a) anything that was or should have been done for purposes related to a business, or

(b) the occupation of premises used for purposes related to the occupier’s business.

(4) The reference in subsection (3)(a) to anything done for purposes related to a business includes anything done by an employee of that business within the scope of his employment.

[...]

9 Written standard terms

(1) This section applies where one party to a business contract (“A”) deals on the written standard terms of business of the other (“B”).

(2) Unless the term is fair and reasonable, B cannot rely on any of those terms to exclude or restrict its liability to A for breach of the contract.

(3) Unless the term is fair and reasonable, B cannot rely on any of those terms to claim that it has the right—

(a) to carry out its obligations under the contract in a way substantially different from the way in which A reasonably expected them to be carried out, or

(b) not to carry out all or part of those obligations.

10 Sale or supply of goods

(1) In the case of a business contract for the sale of goods, the seller cannot rely on a term of the contract to exclude or restrict liability arising under section 12 of the 1979 Act (implied term that seller entitled to sell).

[...]

Small business contracts

11 Non-negotiated terms

- (1) This section applies where there is a small business contract and—
- (a) the terms on which one party (“A”) deals include a term which the other party (“B”) put forward during the negotiation of the contract as one of its written standard terms of business,
 - (b) the substance of the term was not, as a result of negotiation, changed in favour of A, and
 - (c) at the time the contract is made, A is a small business.
- (2) If that term is detrimental to A, B cannot rely on the term unless the term is fair and reasonable.
- (3) But subsection (2) does not apply to a term which defines the main subject-matter of a small business contract, if the definition is—
- (a) transparent, and
 - (b) substantially the same as the definition A reasonably expected.
- (4) Nor does subsection (2) apply to a term in so far as it sets the price payable under a small business contract, if the price is—
- (a) transparent,
 - (b) payable in circumstances substantially the same as those A reasonably expected, and
 - (c) calculated in a way substantially the same as the way A reasonably expected.

[...]

THE "FAIR AND REASONABLE" TEST

14 The test

- (1) Whether a contract term is fair and reasonable is to be determined by taking into account—
- (a) the extent to which the term is transparent, and
 - (b) the substance and effect of the term, and all the circumstances existing at the time it was agreed.
- (2) Whether a notice is fair and reasonable is to be determined by taking into account—
- (a) the extent to which the notice is transparent, and

(b) the substance and effect of the notice, and all the circumstances existing at the time when the liability arose (or, but for the notice, would have arisen).

(3) “Transparent” means—

- (a) expressed in reasonably plain language,
- (b) legible,
- (c) presented clearly, and
- (d) readily available to any person likely to be affected by the contract term or notice in question.

[...]

19 Business contracts

(1) Part 1 (business liability for negligence) does not apply to a business contract term, and sections 9 to 11 (business contracts) do not apply to a business contract, if—

- (a) the law applicable to the term, or contract, is the law of a part of the United Kingdom,
- (b) it is the applicable law only by the choice of the parties, and
- (c) were it not for that choice, the applicable law would be the law of somewhere outside the United Kingdom.

[...]

26 “Consumer contract” and “business contract”

(1) “Consumer contract” means a contract (other than one of employment) between—

- (a) an individual (“the consumer”) who enters into it wholly or mainly for purposes unrelated to a business of his, and
- (b) a person (“the business”) who enters into it wholly or mainly for purposes related to his business.

(2) “Business contract” means a contract between two persons, each of whom enters into it wholly or mainly for purposes related to his business.

27 “Small business”

(1) “Small business” means a person in whose business the number of employees does not exceed—

- (a) nine, or
- (b) where the Secretary of State specifies by order another number for the purposes of this section, that number.

(2) But a person is not a small business if adding the number of employees in his business to the number of employees in any other business of his, or in any business of an associated person, gives a total exceeding the number which for the time being applies for the purposes of subsection (1).

[...]

28 “Associated person”

(1) For the purposes of this Act, two persons are associated if—

- (a) one controls the other, or
- (b) both are controlled by the same person.

(2) A person (“A”) controls a body corporate (“B”) if A can secure that B’s affairs are conducted according to A’s wishes, directions or instructions.

[...]

29 “Small business contract”

(1) “Small business contract” means a business contract—

- (a) to which at least one of the parties is, at the time the contract is made, a small business, and
- (b) which does not come within any of four exceptions.

(2) The first exception is that the price payable under the contract exceeds £ 500,000.

(3) The second is that—

- (a) the transaction provided for by the contract forms part of a larger transaction, or part of a scheme or arrangement, and
- (b) the total price payable in respect of the larger transaction, or the scheme or arrangement, exceeds £ 500,000.

(4) The third is that—

- (a) a person agrees to carry on a regulated activity under the contract, and
- (b) he is an authorised person or, in relation to that activity, an exempt person.

(5) The fourth is that the contract is a series contract. [...]

Literaturverzeichnis

- Acker, Wendelin / Bopp, Claudia*, Führt eine zu enge Anwendung des AGB-Rechtes zu Nachteilen unserer Rechtsordnung im internationalen Rechtsverkehr?, *BauR* 2009, S. 1040-1049.
- Adams, Michael*, Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes, *BB* 1989, S. 781-788.
- Akerlof, George*, The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics* 1970, S. 488-500.
- Arnold, Arnd*, Freizeichnungsklauseln für leichte Fahrlässigkeit in AGB, *ZGS* 2004, S. 16-21.
- Axer, Constantin*, Rechtfertigung und Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Frankfurt a. M. 2012, zugl.: Köln, Univ., Diss., 2011.
- von Bar, Christian / Clive, Eric* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), München 2009.
- Bärtschi, Harald*, Hat das Vertragsrecht ausgedient?, *ZBJV* 2010, S. 429-445.
- Baudenbacher, Carl*, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht, in: *Baudenbacher, Carl / Coester-Waltjen, Dagmar / Bühler, Theodor* u.a. (Hrsg.), *AGB - Eine Zwischenbilanz*, St. Gallen/Berlin 1991, S. 17-65 [zitiert: *Baudenbacher*, Ansätze zu einer AGB-Kontrolle].
- Ders.*, Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz?, *ZBJV* 1987, S. 505-531.
- Ders.*, Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel u.a. 2001 [zitiert: *Baudenbacher*, UWG].
- Ders.*, Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983 [zitiert: *Baudenbacher*, Grundprobleme der AGB].
- Bauer, Walter Bruno*, Der Schutz vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im schweizerischen Recht, 3., unveränd. Aufl., Zürich 1981.
- Baumbach/Hopt*, *Handelsgesetzbuch*, bearbeitet von *Hopt, Klaus / Merkt, Hanno / Roth, Markus*, 35. Aufl., München 2012 [zitiert: *Bearbeiter*, in *Baumbach/Hopt*, HGB].
- Beale, H. G.* (Hrsg.), *Chitty on Contracts*, Volume I - General Principles, Volume II - Specific Contracts, 30. Aufl., London 2008 [zitiert: *Bearbeiter*, in *Chitty on Contracts*].
- Becker, Felix*, Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus teleologischer Sicht, *JZ* 2010, S. 1098-1106.
- Becker, Michael*, Vertragsfreiheit, Vertragsgerechtigkeit und Inhaltskontrolle, *WM* 1999, S. 709-718.
- Beimowski, Joachim*, *Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen*, München 1989.
- Berger, Bernhard*, *Allgemeines Schuldrecht*, 2. Auflage, Bern 2012.

- Berger, Klaus Peter*, Abschied von der Privatautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, ZIP 2006, S. 2149-2156.
- Ders.*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2010 [zitiert: *K.P. Berger*, Creeping Codification].
- Ders.*, Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr, NJW 2010, S. 465-470.
- Berger, Klaus Peter / Kleine, Lucas*, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2007, S. 2137-2141.
- von Bernstorff, Christoph Graf*, Die Beschränkung vertraglicher Haftung und ihre Inhaltskontrolle nach deutschem und englischem Recht, Diss. Mainz 1984 [zitiert: *von Bernstorff*, Beschränkung vertraglicher Haftung].
- Ders.*, Einführung in das englische Recht, 4. Aufl., München 2011, [zitiert: *von Bernstorff*, Einführung].
- Bodenheimer, Rouven F.*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Unternehmensverkehr im englischen und deutschen Recht, Frankfurt a.M. 2012, zugl.: Saarbrücken, Univ., Diss., 2011.
- Brachert, Sebastian / Dietzel, Andreas*, Deutsche AGB-Rechtsprechung und Flucht ins Schweizer Recht, ZGS 2005, S. 441.
- Bradgate, Robert*, Unreasonable Standard Terms, Mod. L. Rev. 60 (1997), 582-593.
- Bridge, Michael*, The International Sale of Goods - Law and Practice, 2. Aufl., London 2007.
- Brödermann, Eckart / Rosengarten, Joachim*, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., München 2012.
- Brown, Ian / Chandler, Adrian*, Unreasonableness and the Unfair Contract Terms Act, L.Q.R. 109 (1993), 41-45.
- Brunner, Alexander*, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis, ZSR 1999, S. 305-333.
- Brunner, Christoph*, UN-Kaufrecht - CISG, Stämpflis Handkommentar, Bern 2004 [zitiert: *C. Brunner*, UN-Kaufrecht].
- Bühler, Theodor*, Standardverträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen unter Kaufleuten, insbesondere im internationalen Handelsverkehr, SJZ 1976, S. 1-7.
- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV - Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta - Kommentar, München 2011.
- Cumberbatch, Jeff*, Another Way to Kill a Cat...: Unreasonable Exemption Clauses, N.I.L.Q. 43 (1992), 296-301.
- Dauner-Lieb, Barbara / Axer, Constantin*, Quo vadis AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, ZIP 2010, S. 309-314.

- Ebenroth, Carsten Thomas/ Boujong, Karlheinz/ Joost, Detlev/ Strohn, Lutz*, Handelsgesetzbuch, Band 2: §§ 343 - 475h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl., München 2009 [zitiert: *Bearbeiter*, in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB].
- Ehle, Bernd / Brunschweiler, André*, Schweizer AGB-Recht im Umbruch, RIW 2012, S. 262-271.
- Eidenmüller, Horst*, Recht als Produkt, JZ 2009, S. 641-653.
- Fastrich, Lorenz*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 1992.
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2, Berlin 1992.
- Fuhrer, Stephan*, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheiden des Bundesgerichts - Urteil des Bundesgerichts 4A_404/2008 vom 18.12.2008, HAVE 2010, S. 32.
- Gauch, Peter / Schlupe, Walter R. / Schmid, Jörg u.a.*, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, Band I und II, 9. Aufl., Zürich 2008 [zitiert: *Bearbeiter*, in *Gauch/Schlupe/Schmid*, OR AT].
- Giger, Hans*, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983.
- Guest, A.G. (Hrsg.)*, Benjamin's Sale of Goods, 7. Aufl., London 2006 [zitiert: Benjamin's Sale of Goods].
- Gut, Beat/ Higi, Peter/ Schönle, Herbert*, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Zürcher Kommentar), Bd. V/2a, Kauf und Schenkung, Art. 192-204 OR, 3. Aufl., Zürich 2005 [zitiert: *Gut/Higi/Schönle*, Zürcher Kommentar OR].
- Haas, Matthias*, Haftungsfreizeichnungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen: eine rechtsdogmatische und ökonomische Analyse, Frankfurt a.M., Bern u.a. 1991, zugl.: Frankfurt a.M., Univ., Diss., 1990.
- Hedley, Steve*, The Unfair Contract Terms Act: Wider Still and Wider?, C.L.J. 51 (1992), 418-420.
- Henseler, Peter*, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Stahlhandel, 3. Aufl., Düsseldorf, 2006.
- Hess, Markus / Ruckstuhl, Lea*, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG - eine kritische Auslegeordnung, AJP 2012, S. 1188-1212.
- Hochstrasser, Michael*, Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Zürich 2006, zugl.: Zürich, Univ., Diss., 2006.
- Holland, J.A. / Chandler, P.A.*, Notice of Contractual Terms, L.Q.R. 1988, S. 359-361.
- Hönn, Günther*, Wirksamkeitskontrolle als Instrument des allgemeinen Privatrechts zur Bewältigung von Ungleichgewichtslagen, JZ 1983, S. 677-688.
- Howells, Geraint G.*, The Businessman and Consumer Protection, Comp. Law. 1988, S. 9(6), 138-141.
- Jack, Adrian*, English law and standard terms, Berlin 2005.

- Jansen, Nils*, Klauselkontrolle im europäischen Privatrecht – Ein Beitrag zur Revision des Verbraucheracquis, ZEuP 2010, S. 69-106.
- Jewell, Michael*, An Introduction to English Contract Law, 2. Aufl., Baden-Baden 2002.
- Jung, Peter*, Gibt es in der Schweiz ein Handelsrecht?, recht 2009, S. 43-53.
- Jung, Peter / Spitz, Philippe*, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010 [zitiert: *Bearbeiter*, in Handkommentar UWG].
- Kaufhold, Sylvia*, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 17.02.2010, Az. VIII ZR 67/09, ZIP 2010, S. 631-635.
- Dies.*, "Echte" und "unechte" AGB in der Klauselkontrolle, BB 2012, S. 1235-1241.
- Keller, Roland*, Urteilsanmerkung zu Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 28. November 2006, Konkursmasse C.S. c. H.Z., 4C.180/2005, AJP 2007, S. 780-784.
- Kessel, Christian / Jüttner, Andreas*, Der Vorbehalt der Individualabrede im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2008, S. 1350-1355.
- Kessel, Christian / Stomps, Andreas*, Haftungsklauseln im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern – Plädoyer für eine Änderung der Rechtsprechung, BB 2009, S. 2666-2675.
- Koch, Raphael*, Das AGB-Recht im unternehmerischen Verkehr: Zu viel des Guten oder Bewegung in die richtige Richtung?, BB 2010, S. 1810-1815.
- Koller, Thomas*, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, S. 943-953.
- Kollmann, Andreas*, AGB: Nicht nur theoretische Probleme (in) der Praxis, NJOZ 2011, S. 625-629.
- Kondring, Jörg*, Flucht vor dem deutschen AGB-Recht bei Inlandsverträgen, RIW 2010, S. 184-191.
- Kötz, Hein*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Verkehr unter Kaufleuten, in: Deutsche Gesellschaft für Transportrecht (Hrsg.), Transportrecht und Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen. Symposium der Deutschen Gesellschaft für Transportrecht, Frankfurt a.M. 1988, S. 8-28 [zitiert: *Kötz*, Transportrecht].
- Ders.*, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle - Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, S. 209-214.
- Ders.*, Deutsches Recht und Common Law im Wettbewerb, AnwBl 2010, S. 1-7.
- Ders.*, Haftungsausschlussklauseln - Eine juristisch-ökonomische Analyse, in: *Klingmüller, Ernst* (Hrsg.), 25 Jahre Karlsruher Forum, Jubiläumsausgabe 1983: Beiträge zum Haftungs- und Versicherungsrecht, Karlsruhe 1983, S. 145-152 [zitiert: *Kötz*, Haftungsausschlussklauseln – juristisch-ökonomische Analyse].
- Ders.*, Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1979, S. 785-789.

- Kramer, Ernst*, Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, SJZ 1985, S. 17-25, 33-39.
- Ders.*, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1a - Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991 [zitiert: *Kramer*, BK OR].
- Kramer, Ernst / Schmidlin, Bruno*, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband - Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 [zitiert: *Kramer/Schmidlin*, BK OR].
- Kren Kostkiewicz, Jolanta / Nobel, Peter / Schwander, Ivo / Wolf, Stephan* (Hrsg.), OR Handkommentar: Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2009 [zitiert: *Bearbeiter*, in Handkommentar OR].
- Landbrecht, Johannes*, Ein Sonderprivatrecht für internationale Verträge - Section 27(1) des englischen Unfair Contract Terms Act als Vorbild?, RIW 2011, S. 291-295.
- Langer, Oliver*, Haftungsausschluss und Haftungsbegrenzung gegenüber Unternehmern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, WM 2006, S. 1233-1237.
- Lautenbach, Boris*, Die Haftungsbefreiung im internationalen Warenkauf nach dem UN-Kaufrecht und dem schweizerischen Kaufrecht, Basel u.a. 1990, zugl.: Zürich, Univ., Diss., 1990.
- Lehmann, Michael*, Bürgerliches Recht und Handelsrecht - eine juristische und ökonomische Analyse, Stuttgart 1983.
- Lenkaitis, Karlheinz / Löwisch, Stephan*, Zur Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr: Ein Plädoyer für eine dogmatische Korrektur, ZIP 2009, S. 441-450.
- Leuschner, Lars*, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr - Zu den Grundlagen einer Reformdebatte, JZ 2010, S. 875-884.
- Ders.*, Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, AcP 207 (2007), 491-529.
- Leyens, Patrick C. / Schäfer, Hans-Bernd*, Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, AcP 210 (2010), 771-803.
- Lieb, Manfred*, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 178 (1978), 196-226.
- Lischek, Jan / Mahnken, Volker*, Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen und AGB - Anmerkungen aus Sicht der Praxis, ZIP 2007, S. 158-163.
- Lörtscher, Thomas*, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977.
- MacDonald, Elizabeth*, The Emperor's Old Clauses: Unincorporated Clauses, Misleading Terms and the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations, C.L.J. 58 (1999), 413-436.

- Dies.*, Unfair Contract Terms Act - Thirty Years On, in: *Burrows, Andrew / Peel, Edwin* (Hrsg.), Contract Terms, Oxford 2007, Repr. 2009, S. 153-172 [zitiert: *MacDonald*, UCTA – 30 Years On].
- Maunz, Theodor / Dürig, Günther*, Grundgesetz Kommentar, Bd. I, Stand: 01/2010 [zitiert: *Bearbeiter*, in *Maunz/Dürig*, GG].
- Merz, Hans*, Massenvertrag und allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg Schweiz (Hrsg.), Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, S. 137-161.
- Miethaner, Tobias*, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, Tübingen 2010, zugl. Regensburg, Univ., Diss., 2009 [zitiert: *Miethaner*, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung].
- Ders.*, AGB oder Individualvereinbarung - die gesetzliche Schlüsselstelle "im Einzelnen ausgehandelt", NJW 2010, S. 3121-3127.
- Müller, Holger / Otto, Hans Hermann*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Wirtschaftsverkehr, Berlin 1994.
- Müller, Werner / Griebeler, Carsten / Pfeil, Julia*, Für eine maßvolle AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2009, S. 2658-2665.
- Oetker, Hartmut*, AGB-Kontrolle im Zivil- und Arbeitsrecht, AcP 212 (2012), 202-250.
- Palandt*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, bearbeitet von *Bassenge, Peter / Brudermüller, Gerd / Ellenberger, Jürgen* u.a., 72. Aufl., München 2013 [zitiert: *Palandt/Bearbeiter*].
- Paulusch, Bernd-Arthur*, Haftung und Haftungsbegrenzung im kaufmännischen Geschäftsverkehr, DWiR 1992, S. 182-192.
- Peel, Edwin*, Reasonable Exemption Clauses, L.Q.R. 117 (2001), 545-552.
- Pfeiffer, Thomas*, Aushandlung und Verhandlung von Vertragsklauseln im Unternehmensverkehr: Die Korrekturbedürftigkeit des deutschen AGB-Begriffs, ZGS 2004, S. 401 (Editorial).
- Pichonnaz, Pascal*, Vers un contrôle amélioré des conditions générales en droit suisse?, in: *Gauch, Peter / Werro, Franz / Pichonnaz, Pascal* (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genf 2008, S. 377-396 [zitiert: *Pichonnaz*, FS Tercier].
- Pinnells, James / Eversberg, Arndt*, Internationale Kaufverträge optimal gestalten, 3. Aufl., Wiesbaden 2009.
- Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd*, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 7. Aufl., Köln 2012 [zitiert: *Bearbeiter*, in P/W/W].
- Raiser, Ludwig*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Neudruck, Bad Homburg 1961 (1. Aufl. 1935) [zitiert: *Raiser*, AGB].

- Ders.*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: *von Caemmerer, Ernst / Friesenhahn, Ernst / Lange, Richard* (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben - Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, S. 101-134, [zitiert: *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit].
- Reithmann, Christoph / Martiny, Dieter*, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl., Köln 2010 [zitiert: *Bearbeiter*, in *Reithmann/Martiny*].
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 6. Aufl., München 2012 [zitiert: *Bearbeiter*, in *MüKO BGB*].
- Schäfer, Christoph*, Anerkannt, gut und bewährt – eine Analyse des Kampfs um das „Kleingedruckte“, BB 2012, S. 1231-1234.
- Schäfer, Hans-Bernd / Ott, Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin u.a. 2012.
- Schmid, Jörg*, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012, S. 1-20.
- Schmidt, Hubert*, Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr, NJW 2011, S. 3329-3334.
- Schmidt-Rimpler, Walter*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130-179.
- Ders.*, Zum Vertragsproblem, in: *Baur, Fritz / Esser, Josef / Kübler, Friedrich / Steindorff, Ernst* (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen - Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 3-26 [zitiert: *Schmidt-Rimpler*, FS Raiser].
- Schwenzer, Ingeborg*, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, in: *Koller, Alfred* (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, S. 99-126.
- Spurr, Stephen J.*, Economic Foundations of Law, 2. Aufl., London u.a. 2010.
- Stadler, Hans-Jörg*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Handel, Heidelberg 2003.
- Steinberger, Christian*, Rechtswahl im Export: Risiko deutsches Recht, BB 2009, S. M1 (Die Erste Seite).
- Stoffels, Markus*, AGB-Recht, 2. Aufl., München 2009.
- Stolz, Peter*, Justiz im Spannungsfeld von Recht und ökonomischer Effizienz: Theorie und Empirie, recht 2002, S. 108-117.
- Ders.*, Mittelständische Unternehmungen (KMU) und Justiz - Eine ökonomische Analyse, Zürich 2000 [zitiert: *Stolz*, KMU].
- Thieme, Jürgen Dieter / Mitscherlich, Matthias*, Die Einbeziehung (incorporation) Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag nach englischem Recht, AWD 1974, S. 173-181.

- Thompson, Peter K.J.*, Unfair Contract Terms Act 1977, London 1978.
- Toms, Paul*, Beyond UCTA's Embrace: International Supply Contracts, Computers and Law 20 (2009), 20-23.
- Ulmer, Peter / Brandner, Hans Erich / Hensen, Horst-Diether*, AGB-Recht, 11. Aufl., Köln 2011 [zitiert: *Bearbeiter*, in U/B/H, AGB-Recht].
- Uusitalo, Jutta Jasmin*, Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr zwischen Deutschland und Finnland, Frankfurt a.M. 2012, zugl.: Köln, Univ., Diss., 2012.
- Voser, Nathalie / Boog, Christopher*, Die Wahl des Schweizer Rechts - was man wissen sollte, RIW 2009, S. 126-139.
- Wackerbarth, Ulrich*, Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, AcP 200 (2000), 45-90.
- Weick, Günther*, Unfair Contract Terms Act und AGB-Gesetz, ZHR 1981, S. 68-82.
- von Westphalen, Friedrich Graf*, AGB-rechtliche Schutzschränken im unternehmerischen Verkehr: Rückblick und Ausblick, BB 2011, S. 195-200.
- Ders.*, Wider einen Reformbedarf beim AGB-Recht im Unternehmerverkehr, NJW 2009, S. 2977-2982.
- von Westphalen, Friedrich Graf / Thüsing, Gregor*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 29. Ergänzung August, München 2011.
- Whincup, Michael H.*, Contract Law and Practice, 5. Aufl., Alphen aan den Rijn 2006.
- Wienhaus, Uta*, Haftungsfreizeichnungsklauseln - Eine Analyse aus juristischer und ökonomischer Perspektive, Frankfurt a.M. 2002, zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2002.
- Wildhaber, Isabelle*, Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr: Eine Gefahr für die Vertragsfreiheit?, SJZ 2011, S. 537-545.
- Wittibschlager, Martina*, Einführung in das schweizerische Recht, München 2000.
- Wolf, Manfred*, Freizeichnungsverbote für leichte Fahrlässigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1980, S. 2433-2440.
- Wolf, Manfred / Lindacher, Walter / Pfeiffer, Thomas*, AGB-Recht, 5. Aufl., München 2009 [zitiert: *Bearbeiter*, in W/L/P, AGB-Recht].
- Woolrich, James*, 21st Century Alchemy: A Case Note on Raiffeisen Zentralbank Österreich AG v Royal Bank of Scotland, J.I.B.L.R. 12 (2010), 608-613.
- Zweigert, Konrad / Kötz, Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996.

Lebenslauf

Bettina Charlotte Richter wurde am 13. September 1985 in Hannover geboren. Sie wuchs in Bergisch Gladbach auf und erlangte im Jahr 2004 die Allgemeine Hochschulreife am Otto-Hahn-Gymnasium in Bensberg. Im Sommersemester 2005 nahm sie das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln auf. Den universitären Schwerpunkt bildete dabei der Bereich „Finanzdienstleistungen und Verbraucherschutz“. Nachdem sie im Oktober 2009 die Erste Juristische Prüfung abgeschlossen hatte, arbeitete sie von November 2009 bis April 2012 als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Bankrecht der Universität zu Köln (Leitung: Prof. Dr. Klaus Peter Berger). Ab Mai 2012 absolvierte sie ihr Referendariat im OLG-Bezirk Köln, das Stationen bei der Kanzlei Oppenhoff & Partner und beim 16. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln umfasste. Mit dem Zweiten Staatsexamen schloss Frau Richter das Referendariat im Juni 2014 ab.