



Constantin Axer

Rechtfertigung
und Reichweite
der AGB-Kontrolle
im unternehmerischen
Geschäftsverkehr



PETER LANG

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Anlass, Gegenstand und Aufbau der Untersuchung	1
Teil 1: Legitimation und Schutzzweck der AGB – Kontrolle.....	11
§ 2 Einleitung.....	13
I. Positive Funktionen und negative Begleiterscheinungen Allgemeiner Geschäftsbedingungen	13
II. Untauglichkeit des Missbrauchsansatzes.....	14
§ 3 Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit: Theoretisches Verhältnis und Geltungsgrund vertraglicher Vereinbarungen	17
I. Die formale Selbstbestimmung als Primat der Privatautonomie	17
II. Die Vertragsgerechtigkeit als Leitbild der Rechtsordnung.....	19
III. Die Verknüpfung der Vertragsgerechtigkeit mit dem Verständnis der Privatautonomie	20
1) Schmidt-Rimplers Richtigkeitsgewähr als Ausgangspunkt gegensätzlicher Vertragstheorien.....	20
a) Das sachliche Richtigkeitsprinzip des übereinstimmenden Willens.....	21
b) Die gleichzeitige Notwendigkeit hoheitlicher Regelung im Falle von Disparität	22
c) Folgen der Lehre von <i>Schmidt-Rimpler</i>	23
2) Materialisierung der Vertragsfreiheit oder der Vertragsgerechtigkeit?.....	24
IV. Theorien auf der Grundlage materialer Vertragsgerechtigkeit	26
1) Ludwig Raisers institutionelle Betrachtungsweise der Privatautonomie	26
a) Privatautonomie unter dem Vorbehalt der Übereinstimmung mit inhaltlichen Gerechtigkeitskriterien	27
b) Orientierung inhaltlicher Gerechtigkeit an den Maßstäben der Gesamtrechtsgemeinschaft	28
aa) Unzulässigkeit und Untauglichkeit des gerechten Ausgleichs des Preis-Leistungsverhältnisses	28
bb) Der gerechte Ausgleich einzelner Vertragsbedingungen.....	29
2) Kritik an der Heranziehung des Gemeinwohlbegriffs als Gerechtigkeitsmaßstab.....	31
a) Berührung öffentlicher Interessen	31
b) Inhaltliche Betroffenheit öffentlicher Interessen.....	32
3) Kritik an der Heranziehung materialer Gerechtigkeitskriterien im Allgemeinen	33
V. Theorien auf der Grundlage prozeduraler Vertragsgerechtigkeit	34

1) Flumes Lehre von der Privatautonomie als Anerkennung der Selbstbestimmung durch die Rechtsordnung.....	34
2) Kritik und Einordnung der Problematik in ein auf der Selbstbestimmung aufbauendes Konzept der Privatautonomie	36
§ 4 Der Schutzzweck der Inhaltskontrolle	40
I. Bedeutung und Bestehen privatrechtlicher Ungleichgewichtslagen	40
1) Theoretische Einordnung ins AGB-Recht	40
2) Fehlende Konkretisierbarkeit des Terminus „Ungleichgewichtslage“?	42
II. Schutz aufgrund wirtschaftlicher oder sozialer Unterlegenheit.....	43
III. Schutz aufgrund Feststellung eines Ungleichgewichtes durch Rückschluss aus vertraglichem Ergebnis.....	45
IV. Schutz aufgrund Feststellung eines Ungleichgewichtes durch Untersuchung des Vertragsschlussmechanismus.....	46
1) Die Informationsasymmetrie als typische Folge der AGB-Verwendung....	47
2) Die situative Unterlegenheit des AGB-Kunden	48
V. Vertragstheoretische Folgerungen aus der Informationsasymmetrie	50
1) Keine Überforderung der Selbstverantwortung hinsichtlich des konkreten Vertrages.....	50
2) Zumutbarkeit des Verweises auf die Nichtabschlussfreiheit.....	52
a) Zumutbarkeit der Inanspruchnahme der Nichtabschlussfreiheit in Abhängigkeit der durch einen Verzicht beeinträchtigten Interessen	53
b) Zumutbarkeit des Verweises auf die Nichtabschlussfreiheit in Abhängigkeit der dem Kunden verbleibenden Alternativen.....	54
3) Fehlen eines Konditionenwettbewerbs als notwendige Zusatzvoraussetzung.....	56
4) Fehlender Wettbewerb auch gegenüber dispositivem Recht?	58
5) Zwischenergebnis	59
VI. Rechtsökonomische Folgerungen aus der Informationsasymmetrie	59
1) Rolle, Anliegen und Prämissen der ökonomischen Analyse des Rechts.....	60
2) Einschränkung der wohlfahrtsfördernden Wirkung der Privatautonomie durch Transaktionskosten.....	63
3) Ökonomische Rechtfertigung der AGB-Kontrolle: Beseitigung von Transaktionskosten zur Verhinderung eines Marktversagens	64
4) Meinungsstand zur ökonomischen Analyse des Rechts	66
a) Die Prämissen der ökonomischen Analyse des Recht.....	66
b) Übertragung der Transaktionskostenproblematik auf die Rechtfertigung der AGB-Kontrolle.....	68
5) Erörterung der ökonomischen Rechtfertigung der AGB-Kontrolle	68
a) Konkretisierung der informatorischen Unterlegenheit infolge AGB-Verwendung durch die ökonomische Analyse des Rechts.....	68
b) Zwischenergebnis	71

c) Verhinderung eines Marktversagens durch „AGB-lose“ Anbieter	71
d) Verhinderung eines Marktzusammenbruchs durch Goodwillmechanismus	75
e) Verhinderung eines Marktversagens durch die Übernahme einer Garantie.....	77
f) Transaktionskostensenkende Wirkung der Inhaltskontrolle	77
g) Fazit:	78
VII.Schlussfolgerungen:	79
1) Berücksichtigung zusätzlicher Rationalitätsdefizite notwendig zur Rechtfertigung der Inhaltskontrolle.....	79
2) Wesentliche Vorteile einer Inhaltskontrolle	80
3) Marktorientiertes Informationsmodell gegenüber sozialem Schutzmodell..	81
a) Kartellrechtliche Bedeutung wirtschaftlicher Ungleichgewichtslagen ...	82
b) Speziell AGB-rechtliche Bedeutung wirtschaftlicher Ungleichgewichtslagen.....	83
Teil 2: Geltungsanspruch der Schutzzwecküberlegungen im b2b-Bereich	87
§ 5 Kein grundlegend neues Schutzkonzept durch Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG	89
I. § 310 Abs. 3 Nr. 1	90
II. § 310 Abs. 3 Nr. 2	91
III. § 310 Abs. 3 Nr. 3	95
IV. Zusammenfassung.....	97
§ 6 Gesetzliche Vorgaben einer AGB-Kontrolle zwischen Unternehmern.....	99
I. § 310 Abs. 1 BGB als Anknüpfungspunkt zur Berücksichtigung unternehmerischer Besonderheiten	99
1) § 310 Abs. 1 S.1 BGB.....	99
a) Gründe für die Eigenständigkeit der Einbeziehungskontrolle im b2b-Verkehr.....	100
b) Gründe für die Nichtanwendbarkeit der Klauselverbote im b2b-Verkehr.....	101
aa) Entstehungsgeschichte des § 310 Abs. 1:.....	101
(1) Die generelle Einbeziehung von Kaufleuten in das AGBG	102
(2) Die Art und Weise der Einbeziehung	103
bb) § 310 Absatz 1 Satz 2, 1. Halbs. BGB – Keine Anordnung einer Indizwirkung.....	105
cc) Zwischenergebnis:	106

2) § 310 Absatz 1 Satz 2, 2. Halbs. BGB – Anordnung der Berücksichtigung von Handelsbräuchen oder Differenzierungsgebot?	107
a) Schlichte Wiederholung des Regelungsgehalts des § 346 HGB?	107
b) § 310 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbs. BGB als Ausdruck eines Differenzierungsgebotes?	108
c) Stellungnahme	109
aa) Entstehungsgeschichte	110
bb) Systematische Bedenken gegenüber einer Anlehnung an § 346 HGB	112
cc) Fehlende Konkretisierung des Differenzierungsgebotes	113
d) Fazit:	115
II. Erweiterung der Differenzierungsmöglichkeiten auf Unternehmer durch das Handelsrechtsreformgesetz?	116
1) Der Begriff des Unternehmers	116
2) Ausdehnung des § 310 Abs. 1 BGB auf Gewohnheiten und Gebräuche des Unternehmensverkehrs	118
a) Handelsbräuche und Handelsgewohnheitsrecht unter Nichtkaufleuten	118
b) Berücksichtigung der Wertungen der §§ 343 ff. HGB auch im Unternehmensverkehr?	119
c) Fazit:	120
§ 7 Kriterien eines Unternehmerleitbildes	122
I. Keine generelle Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereiches der AGB-Kontrolle aufgrund kaufmännischer Besonderheiten	122
II. Das Leitbild des Unternehmers	125
1) Das Unternehmerleitbild als Personenbild	125
2) Ableitung des Leitbilds aus dem Handelsrecht	126
a) Die Charakteristika des Handelsvertragsrechts	126
aa) Einfachheit und Schnelligkeit des Handelsverkehrs	126
bb) Verkehrs- und Vertrauensschutz des Handelsverkehrs	127
b) Gesteigerte Selbstverantwortlichkeit als persönliche Besonderheit im HGB	129
c) Prägung des Handelsrechtes durch sachliche Aspekte	130
d) Keine Gleichsetzung des Leitbildes mit dem Kaufmannsprofil	132
III. Berücksichtigung persönlicher Besonderheiten im AGB-Recht?	133
1) Meinungsstand	133
2) Grundvoraussetzung: Zugehörigkeit des Geschäftes zum Kernbereich der unternehmerischen Tätigkeit	136
3) Die Fähigkeit zur Nachteilsvermeidung	138
a) Versicherung	139

b) Kalkulation	139
4) Die Relevanz verschiedener Handelsstufen.....	141
a) Rückwirkungen des zwingenden Verbraucherrechts auf die verschiedenen unternehmerischen Absatzstufen?	142
b) Die Verwendung von AGB durch beide Vertragspartner	144
5) Weitere schutzbedürftigkeitsvermindernde Eigenschaften	147
6) Zwischenergebnis:	148
7) Differenzierung innerhalb des b2b-Verkehrs	150
a) Das doppelte Differenzierungsgebot	150
b) Kritik der Literatur.....	152
c) Stellungnahme:	153
 3. Teil: De lege lata bestehende Änderungsmöglichkeiten zur Berücksichtigung von Besonderheiten des b2b-Verkehrs.....	155
 § 8 Inanspruchnahme der Parteiautonomie zur Wiederherstellung der Privatautonomie?	158
I. Der Vorschlag der Rechtsflucht	158
II. Stellungnahme.....	159
III. Ausklammerung internationaler Sachverhalte vom AGB-Recht? – Die DAV-Lösung.....	160
 § 9 Ansatzpunkt „Aushandeln“	162
I. Darstellung des Meinungsstandes	163
1) Rechtsprechung und Teile der Literatur	163
2) Liberalisierungstendenzen in der Literatur	164
II. Erfordert das Aushandeln eine inhaltliche Änderung des Klauseltextes?	165
1) Wortlaut und Systematik	165
2) Entstehungsgeschichte	166
3) Rückbesinnung auf die teleologischen Grundlagen der Inhaltskontrolle ...	167
a) Folgen für den b2c-Verkehr	167
b) Folgen für den b2b-Verkehr	169
aa) Relevant unterschiedliche wettbewerbliche Ausgangslage im b2b-Verkehr?	169
(1) Kein generell hinreichender Konditionenwettbewerb im b2b-Verkehr.....	170
(2) Keine generelle wirtschaftliche Durchsetzungsfähigkeit im b2b-Verkehr.....	171
(3) Vermutung der wirtschaftlichen Durchsetzungsfähigkeit anhand einer Transaktionskosten-Vertragswert-Relation	172

(4) Zwischenergebnis: Reale Einflussnahmemöglichkeit des Kunden und Abänderungsbereitschaft des Verwenders	174
bb) Ersetzen des „Aushandeln“ durch das „Verhandeln“ im b2b-Verkehr?	176
(1) Bewertung	176
(2) Zwischenergebnis: Nichterfassung wichtiger Vertragsverhandlungsszenarien des b2b-Verkehrs	180
c) Anknüpfung an die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und den verobjektivierten Empfängerhorizont	180
aa) System wechselnder Obliegenheiten	181
bb) Behandlung typischer Vertragsverhandlungspraktiken des b2b-Verkehrs	183
(1) „Paket-Deals“	183
(2) Einpreisen von Vertragsbedingungen	184
(3) Verhandeln über ein Vertragswerk als Ganzes	185
4) Ergebnis	186
§ 10 Ansatzpunkt Schrankenbestimmungen	189
I. Rechtsdeklaratorische Klauseln	189
II. Preis- und Leistungsvereinbarungen	190
1) Ansätze zur Konkretisierung der kontrollfreien Leistungsbestimmung	191
a) Vertragsbezogener Ansatz des BGH	192
b) Wettbewerbsbezogener Ansatz	194
aa) Die effektive Gesamtbelastung der Vertragspartei als Kriterium	195
bb) Identifizierung der wettbewerbsrelevanten Produktmerkmale	196
c) Bewertung der dargestellten Ansätze	197
aa) Missbrauchsmöglichkeit des Verwenders durch ein marktbezogenes Verständnis?	199
(1) Missbrauch durch Leistungsmodifikationen bei gesetzlich geregelten Verträgen?	199
(2) Missbrauch durch Leistungsmodifikationen bei gesetzlich nicht geregelten Verträgen?	200
(3) Unterscheidung zwischen b2c- und b2b-Verkehr	201
bb) Zwischenergebnis	203
2) Verbleibende Schwächen einer marktorientierten Schrankenbestimmung	204
III. Ausstrahlungswirkung der §§ 308 und 309 BGB auf § 307 Abs. 3 BGB?	205
1) Rückschlüsse aus den Klauselverboten im b2c-Verkehr?	205
2) Rückschlüsse aus den Klauselverboten auch im b2b-Verkehr?	206

§ 11 Legitimität der Berücksichtigung von Klauselverboten gegenüber Unternehmern	208
I. Ausgangsproblematik.....	208
1) „Gleichschritt“ der in den §§ 308, 309 BGB enthaltenen Klauselverbote im b2c- und b2b-Verkehr	210
2) Methodisch uneinheitliche Anwendung der Indizwirkung	213
3) Faktische Durchschlagskraft der Indizwirkung der Klauselverbote	215
II. Meinungsstand	216
III. Kritik	220
1) Redaktionsversehen des Gesetzgebers bzgl. der Nichtanwendbarkeit des § 308 BGB?	220
2) Untersuchung der zugunsten einer generellen Indizwirkung vorgebrachten Argumente.....	221
a) Indizwirkung durch Übernahme der bekannten Rechtsprechung	221
b) Vergleichbares Schutzbedürfnis/ Vermeidung eines Sonderkontrollrechts für Kaufleute	223
c) §§ 308 und 309 als besonders verwerfliche Konkretisierungen der Generalklausel	224
d) Indizwirkung zum Schutz des Letztverteilers	225
e) Zwischenergebnis: Im Einzelfall zu untersuchende Indizwirkung	226
3) Untersuchung der zugunsten einer Eigenständigkeit der Inhaltskontrolle vorgetragenen Ansätze	226
a) Trennung der Interessenabwägung von den Regeln der Beweislast	227
b) Umkehr der Argumentationslast.....	228
c) Konkretisierung stets zu berücksichtigender Merkmale	229
d) Anscheinsvermutung unternehmerischer Angemessenheit?	230
IV. Die Verwurzelung der Indizwirkung im Prüfungsgang des § 307 BGB.....	231
1) Der Prüfungsgang des § 307 BGB.....	231
a) Die Indizwirkung des Absatzes 2 durch Umkehr der Argumentationslast im Rahmen des Absatzes 1	232
aa) Meinungsstand zur Bedeutung der „Zweifelsregelung“ des § 307 Abs. 2 BGB	232
bb) Stellungnahme	234
b) § 307 Abs. 2 Nr. 1.....	235
aa) Die Bedeutung der Prüfung der Kontrollunterworfenheit einer Klausel für die eigentliche Inhaltskontrolle	235
bb) Die Ermittlung des wesentlichen Grundgedankens der gesetzlichen Regelung	238
cc) Die Bedeutung des Gerechtigkeitsgedankens für die Leitbildfunktion	239
dd) Unterscheidung der Leitbilder des Verbraucherrechts und des Unternehmensverkehrs	242

ee) Die Unvereinbarkeit mit dem Leitbild des dispositiven Gesetzesrechts	243
ff) Keine umfassende Interessenabwägung	245
gg) Keine Berücksichtigung des konkreten Geschäftstyps	245
c) § 307 Abs. 2 Nr. 2	246
aa) Wesentliche Rechte oder Pflichten aus der „Natur des Vertrages“ ..	247
bb) „Einschränkung vertragswesentlicher Rechte oder Pflichten“	250
cc) „Vertragszweckgefährdung“	250
d) Verhältnis zwischen § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB	252
e) Der Abwägungsvorgang im Rahmen des § 307 Abs. 1	253
f) Zusammenfassung	255
2) Die Eignung des § 307 Abs. 2 als Verbindungslinie zwischen Klauselkatalog und Generalklausel	256
a) Umkehrung der Argumentationslast durch die „Im-Zweifel-Regelung“ des § 307 Abs. 2	256
b) Orientierung an den Gerechtigkeitsentscheidungen des dispositiven Rechts	258
c) Indizwirkung des § 308 BGB aufgrund § 307 Abs. 2	259
d) Mögliche Einwände	261
3) Fazit	261
4. Teil: De lege ferenda bestehende Änderungsmöglichkeiten zur Berücksichtigung der Besonderheiten des b2b-Verkehrs	263
§ 12 Reformvorschläge für die §§ 305, 310 BGB	265
I. Notwendigkeit und Vorteile eines gesetzgeberischen Eingreifens	265
1) Bedeutung der BGH-Entscheidung – VIII ZR 67/09 vom 17.02.2010	265
2) Strukturproblem des der Rechtsprechung vorliegenden Fallmaterials	268
3) Der Wettbewerb der Rechtsordnungen	269
II. Änderung des Aushandelsbegriffes in § 305 Abs. 1 S. 3 BGB	269
1) Der Vorschlag von Müller/Griebeler/Pfeil	270
2) Erläuterung und Kritik	270
3) Der Vorschlag von Berger	271
4) Erläuterung und Kritik	271
5) Der Vorschlag von Jüttner	273
6) Erläuterung und Kritik	273
7) Formulierung eines eigenen Vorschlags:	275
III. Verdeutlichung eines Differenzierungsgebotes in § 310 Abs. 1 BGB	277
1) Der Vorschlag von Müller/Griebeler/Pfeil	278
2) Der Vorschlag von Berger	278
3) Stellungnahme und eigener Vorschlag:	279

5. Teil: Konkretisierung der Kontrollmaßstäbe am Beispiel ausgewählter Klauselverbote	283
§ 13 Grenzen AGB-rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten des Haftungsmaßstabs	287
I. Gesetzliche Ausgangslage.....	288
1) §§ 276 – 278 BGB	288
2) Rückschlüsse aus § 309 Nr. 7 BGB.....	289
3) Zwischenergebnis: Volle Haftung für einfache Fahrlässigkeit kein wesentlicher Grundgedanke der §§ 276-278 BGB.....	291
II. AGB-rechtliche Zulässigkeit der Freizeichnung von leicht fahrlässig verursachten Schäden.....	291
1) Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	292
2) Zusammenfassung und Kritik:.....	293
a) Schwierige Konkretisierung und Abgrenzung kardinaler Vertragspflichten	294
b) Keine automatische Gefährdung des Vertragszweckes bei Haftungsausschluss für die Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht	295
3) Orientierung der Wirksamkeit einer Haftungsausschlussklausel am verbleibenden Druck zur Pflichterfüllung	296
a) Bedeutung des Kriteriums des Vertragserfüllungsdrucks für § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB	296
b) Kaum Einschränkung des Vertragserfüllungsdruck durch Ausschluss der Haftung für leicht fahrlässig begangene Pflichtverletzungen	297
c) Begutachtung des differenziert ausgestalteten Systems der Sanktion von Pflichtverletzungen	299
aa) Endgültige Nichtleistung des Verwenders	300
bb) Vorübergehende Nichtleistung des Verwenders	300
cc) Verletzung von Nebenpflichten	301
dd) Mangelhafte Leistung.....	301
(1) AGB-rechtliche Beurteilung	301
(2) Entgegenstehen verschuldensunabhängiger Garantieabreden?	303
4) Ergebnis	305
III. AGB-rechtliche Zulässigkeit von Haftungsausschlüssen für grobe Fahrlässigkeit von Erfüllungsgehilfen?	306
1) Haftung für Erfüllungsgehilfen nach der gesetzlichen Regelung.....	306
2) Meinungsstand	307
3) Rückschlüsse aus der Präventionswirkung	307
4) Zwischenergebnis:	309
IV. Versicherbarkeit des Haftungsrisikos als Abwägungsgesichtspunkt	309
1) Schadensverteilung als Gebot des Schadensrechtes?	310

XVIII

2) Keine wesentliche Beeinträchtigung der Präventionswirkung	311
3) Berücksichtigung der Versicherungsmöglichkeit des Geschädigten im Rahmen der Inhaltskontrolle.....	312
§ 14 Grenzen AGB-rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten des Haftungsumfangs.....	314
I. Ermittlung der wesentlichen Grundgedanken des Haftungsumfangs.....	314
1) Schadensverhütung aufgrund Präventionsfunktion des Schadensrechts.....	314
2) Kompensationsfunktion des Schadensrechts	316
II. Zulässigkeit von summenmäßigen Haftungsbeschränkungen, (sog. „Cap-Klauseln“).....	318
1) Meinungsstand	318
2) Stellungnahme	319
a) Das unternehmerische Interesse an einer wirksamen Risikobegrenzung als überwiegendes Kriterium?	320
b) Versicherungsmöglichkeit als Abwägungsgesichtspunkt	322
c) Überlegungen für die Praxis	323
III. Zulässigkeit von summenmäßigen Haftungserweiterungen	323
1) Abgrenzung von Schadensersatzpauschalen und Vertragsstrafen.....	323
2) Anforderungen an Vertragsstrafeversprechen aus dem Leitbild der §§ 339 ff. BGB.....	326
a) Rückschlüsse aus § 309 Nr. 6 BGB.....	326
b) Rückschlüsse aus §§ 339 ff. BGB und § 348 HGB.....	328
3) Anforderungen an Schadensersatzpauschalen aus dem Leitbild der §§ 249 ff. BGB	331
a) Orientierung am Kompensationsgebot und Bereicherungsverbot des Schadensrechts.....	331
b) Keine Rückschlüsse aus Vertragsstrafenregelungen auf die Zulässigkeit von fiktiven Schadenspauschalen	333
c) Rückschlüsse aus § 348 HGB.....	333
d) Argumente zugunsten von Schadenspauschalierungen im unternehmerischen Verkehr.....	335
e) Keine Notwendigkeit des Regelungsgehaltes des § 309 Nr. 5 b BGB im b2b-Verkehr.....	336
IV. Exkurs: Stellenwert der ökonomischen Analyse von Haftungsklauseln	338
1) „Cheapest cost avoider“	339
2) „Cheapest Insurer“	340
3) Kritik	341
§ 15 Wesentliche Ergebnisse der Untersuchung	343
Literaturverzeichnis	354