

Carsten Herresthal

# Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich

Rechtslage – Reformdiskussion – Regelungsvorschlag



**Nomos**

## **Schriften zum gesamten Unternehmensrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Carsten Herresthal, LL.M., Universität Regensburg

Prof. Dr. Wolfgang Servatius, Universität Regensburg

**Band 14**

Prof. Dr. Carsten Herresthal, LL.M. (Duke)

# Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich

Rechtslage – Reformdiskussion – Regelungsvorschlag



**Nomos**

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

ISBN 978-3-8487-6510-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-0596-7 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Unlängst konstatierte *Gerhard Wagner*, dass bei der Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen im Unternehmensverkehr „gesetzgeberisches Handeln geboten“ sei, wenn für Unternehmen Rechtssicherheit geschaffen und die Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Rechts international gestärkt werden soll (*G. Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb, 2017, S. 181). Es handelt sich bei dieser Stellungnahme um ein weiteres Glied in der immer länger werdenden Kette jener Stimmen, die eine gesetzgeberische Reform des AGB-Rechts im B2B-Bereich für dringend erforderlich halten und nicht weiter auf eine Änderung der als zu restriktiv bewerteten Rechtsprechung ohne gesetzgeberisches Eingreifen hoffen. Diese Stimmen zielen nicht zuletzt darauf, den mit dem geltenden Recht der AGB-Kontrolle verbundenen Wettbewerbsnachteil des deutschen Privatrechts auf dem Markt der Rechtsordnungen zu beseitigen.

Zugleich handelt es sich bei diesem Plädoyer um einen weiteren Baustein der seit über zehn Jahren andauernden Diskussion über die Notwendigkeit einer Reform des deutschen AGB-Rechts im B2B-Bereich. So hat die *Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts im unternehmerischen Verkehr* bereits im Jahr 2011 einen ausführlichen Gesetzgebungsvorschlag vorgelegt. Hinzu sind weitere Regelungsvorschläge aus Wissenschaft und Praxis getreten. Die wesentlichen Argumente, die für und gegen eine solche Reform des AGB-Rechts streiten, wurden in der Zwischenzeit hinreichend ausgetauscht. Es mangelt nicht an ausführlichen Stellungnahmen im Schrifttum sowie aus der Praxis, die eine Reformbedürftigkeit des deutschen AGB-Rechts im unternehmerischen Bereich begründen. Sie verweisen u.a. auf die Gefahr einer Rechtsflucht des unternehmerischen Verkehrs (z.B. zum Schweizer Recht), die Flucht der Praxis in die Schiedsgerichtsbarkeit und die weitreichende Beschränkung von Privatautonomie und Berufsfreiheit der Unternehmen, um nur zentrale Gründe der Befürworter einer Reform in Erinnerung zu rufen. Die Gegner einer solchen Reform des AGB-Rechts melden u.a. mit Blick auf den Zweck der AGB-Kontrolle, die mit neuen Regelungen verbundene Rechtsunsicherheit sowie die Notwendigkeit des angemessenen Schutzes insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen Bedenken gegen eine AGB-Reform an.

Im wissenschaftlichen Diskurs deutlich weniger beleuchtet wurde bislang hingegen die Frage, welche der Reformvorschläge, die in der wissen-

schaftlichen und rechtspolitischen Diskussion bislang unterbreitet wurden, vorzugswürdig sind, welche Vor- und Nachteile sich mit den einzelnen Regelungsoptionen verbinden und ob aus der Perspektive der Rechtsanwendungspraxis gegen einzelne Vorschläge mehr oder minder gravierende Bedenken zu erheben sind. Erst in jüngster Zeit wurde diese Fragestellung von vereinzelt monographischen Ausarbeitungen aufgegriffen.

Aus diesem Grund wurde ein Workshop an der *Universität Regensburg* am 14. Mai 2019 unter Beteiligung von Wissenschaftlern, Unternehmensvertretern, Verbandsvertretern und Vertretern von Ministerien unter dem Titel „Reform der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr“ dieser Frage gewidmet. Dabei wurde das „Ob“ einer solchen Reform des AGB-Rechts unterstellt, um die Diskussion auf die verschiedenen Ansatzpunkte für eine Neuregelung zu richten. Neben den Regelungsvorschlägen, die bislang im wissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskurs präsentiert wurden, rückten darüber hinausgehende alternative Lösungsmöglichkeiten in den Fokus. Hintergrund dieses Workshops war nicht zuletzt, dass sich seit dem Frühjahr 2019 eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe dieser Themenstellung widmet. Der Workshop wollte dieser Arbeitsgruppe, für den Fall, dass auch diese die Notwendigkeit einer Reform des AGB-Rechts im B2B-Bereich im Grundsatz befürworten sollte, weitere Erkenntnisse zu den Vorzügen und Nachteilen einzelner Regelungsalternativen in einer solchen Reform an die Hand geben.

Nachfolgend findet sich zunächst ein kurzer Abriss zum *status quo* der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr im BGB, mithin eine Skizzierung der entsprechenden Regelungen im BGB, einzelne Hinweise zu den Motiven des Gesetzgebers sowie zu den Grundlinien der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Diese Ausführungen gehen inhaltlich auf ein Skript zurück, das den Teilnehmern des Workshops im Vorfeld der Veranstaltung zur Verfügung gestellt wurde, um die Diskussion vom Zusammentragen der Regelungsvorschläge sowie der aktuellen Rechtslage zu entlasten. Die Ausführungen sollen kurz und präzise den *status quo* der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr in seinen wesentlichen Grundlinien abbilden. Sodann folgen knappe Hinweise zu den Regelungen in anderen Rechtsordnungen und zum Zweck der AGB-Kontrolle im deutschen Recht. Im Anschluss daran werden die bislang im wissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskurs vorgestellten regelungstechnischen Ansätze zur Modifikation der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich für die Diskussion handhabbar zusammengestellt. Neben den jeweils im Wortlaut wiedergegebenen Regelungsvorschlägen finden sich zumeist auch kurze Hinweise zu wesentlichen Argumenten, die für den je-

weiligen Regelungsvorschlag angeführt werden, sowie zu etwaigen bereits diskutierten Kritikpunkten.

Sodann folgt der Diskussionsbericht zum Workshop, der in verschiedene Abteilungen unterteilt war. Diese verschiedenen Abteilungen haben sich mit der Beschränkung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr, mit der Möglichkeit einer Modifikation der Individualabrede sowie der möglichen Modifikation des Maßstabs der Inhaltskontrolle im B2B-Bereich befasst. Zudem findet sich in einem weiteren Abschnitt („Sonstiges“) die Diskussion jüngerer (zusätzlicher) Regelungsvorschläge. Dieser Band soll dabei die offene und sehr fruchtbare Diskussion in den verschiedenen Abteilungen des Workshops ergebnisbezogen dokumentieren. Nur der wissenschaftlichen Auseinandersetzung verpflichtet steht dabei das konkrete Argument im Vordergrund, sodass die einzelnen Diskussionsbeiträge, Argumente und Überlegungen nicht konkreten Teilnehmern des Workshops zugeschrieben werden. Der Workshop hat aufgrund der bereits über ein Jahrzehnt andauernden Diskussion dieser Themenstellung versucht, die klassischen Veranstaltungsformate teilweise zu durchbrechen. Nach einführenden Kurzreferaten zu den Abteilungen erfolgte eine strukturierte, offene Diskussion im geschützten Rahmen zwischen fachlich in der Themenstellung sehr gut ausgewiesenen Wissenschaftlern, Vertretern der Wirtschaft (Unternehmen und Verbände) sowie Vertretern von Ministerien. Hierdurch sollte eine Analyse und Diskussion der Themenstellung erreicht werden, welche die erforderliche wissenschaftliche Tiefe und Objektivität gewährleistet, aber auch die durchaus heterogenen Bedürfnisse der Rechtspraxis in die Überlegungen miteinbezieht.

Als ein subjektives Fazit *des Autors* finden sich sodann konkrete Vorschläge zu einer Reform der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr mit Blick auf die Beschränkung der AGB-Inhaltskontrolle, die adäquaten Anforderungen an das individuelle Aushandeln sowie an eine wertungsgerechte Modifikation des Maßstabs der Inhaltskontrolle im B2B-Bereich. In diese Vorschläge gehen die Erkenntnisse ein, die der Autor während der Vorbereitung des Workshops und der Befassung mit dieser Themenstellung sowie aus Verlauf des Workshops gewonnen hat. Zugleich werden vorab die Regelungsaufgaben des Gesetzgebers bei einer Reform des AGB-Rechts im Bereich des unternehmerischen Geschäftsverkehrs identifiziert. Dabei wird verdeutlicht, dass eine optimale, wertungsadäquate Reform des AGB-Rechts die drei vorgenannten Fragestellungen aus den Abteilungen des Workshops adressiert, da mit ihnen jeweils eigenständige Regelungsaufgaben für den Gesetzgeber bei einer Reform verbunden sind.

Der Band versteht sich als Beitrag zur Formulierung einer adäquaten, wertungspräzisen Regelung der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich; zugleich soll er angemessen handhabbar sein. Hiermit war eine Beschränkung des Umfangs verbunden. Bezweckt ist daher eine konzise Darstellung der Regelungsvorschläge aus Wissenschaft und Praxis zu den einzelnen Regelungsfragen sowie die Zusammenfassung der Diskussion des Workshops mit abschließenden Vorschläge des Verfassers.

Hinzuweisen bleibt noch darauf, dass an dem Workshop an der Universität *Regensburg* auch Vertreterinnen und Vertreter des BMJV sowie der Landesjustizministerien in *Baden-Württemberg*, *Bayern* und *Sachsen* teilgenommen haben. Diese haben sich aktiv an der Diskussion beteiligt. Ihre Teilnahme am Workshop blieb aber auf diese Beiträge zur offenen Diskussion beschränkt. Sofern im Rahmen des nachfolgenden Diskussionsberichts Hinweise z.B. auf ein mehrheitliches Eintreten für eine bestimmte Lösung enthalten sind oder die weit überwiegende Ablehnung einer bestimmten Regelung nachgezeichnet wird, sind diese Meinungsbilder *ohne* Beteiligung der Vertreterinnen und Vertreter des BMJV bzw. der Landesjustizministerien zustande gekommen. Insoweit haben sie sich im Workshop auf eine Zuschauerrolle beschränkt und bei der Erhebung der Meinungsbilder nicht mitgewirkt.

Die Veranstaltung wurde von der *Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung* ([www.fritz-thyssen-stiftung.de](http://www.fritz-thyssen-stiftung.de)) großzügig gefördert; ihr gilt der besondere Dank für die kurzfristige Ermöglichung dieser Veranstaltung. Die Drucklegung wurde von der *Regensburger Universitätsstiftung* gefördert; dafür gebührt dieser großer Dank. Die Organisation des Workshops erfolgte unter der Regie der *Vereinigung zur Förderung des Deutschen und Europäischen Bank-, Kapitalmarkt- und Unternehmensrechts e.V.* ([www.vbu-unternehmensrecht.de](http://www.vbu-unternehmensrecht.de)), der hierfür ebenfalls gedankt sei.

Prof. Dr. Carsten Herresthal, LL.M.

Regensburg, im Dezember 2019



# Inhaltsverzeichnis

§ 1	Die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	15
	I. Der status quo der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	15
	1. Die Aussagen der Gesetzgebungsmaterialien zum AGB-Gesetz	15
	2. Die Rechtsprechung des BGH zur AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	17
	a) Das enge Verständnis der Individualabrede	18
	b) Die Indizwirkung der Klauselverbote im unternehmerischen Geschäftsverkehr	20
	c) Das Leerlaufen der Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche	21
	d) Das Heranziehen des (vermeintlichen) gesetzgeberischen Leitbildes	22
	e) Die Unterscheidung zwischen Preisabrede und Preisnebenabrede mit Unklarheitenregel	23
	3. Die Forderungen nach einer gesetzgeberischen Korrektur des AGB-Rechts	24
	4. Die Anforderungen an eine gesetzliche Änderung des AGB-Rechts	26
	II. Hinweise zu Regelungen in anderen Rechtsordnungen und im CISG	27
	III. Die Regelungsvorschläge im DCFR und im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEK)	29
	IV. Der Zweck der AGB-Kontrolle	31
§ 2	Die regelungstechnischen Ansatzpunkte zur Modifikation der AGB-Kontrolle	35
	I. Die Beschränkung der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	35
	1. Ausschluss großvolumiger Verträge aus der AGB-Kontrolle (Wertgrenze)	35

2.	Ausschluss der Inhaltskontrolle bei Rahmenverträgen über Finanzleistungen iSv § 104 Abs. 3 InsO	38
3.	Ausschluss der AGB-Kontrolle bei selbstbestimmter unternehmerischer Entscheidung mit Rückausnahme für Kleinstunternehmen	39
4.	Ausschluss der AGB-Kontrolle bei rechtsgeschäftlichem Verzicht durch Großunternehmen	41
5.	Ausschluss der AGB-Kontrolle (nur) bei grenzüberschreitenden Verträgen im B2B-Bereich	43
II.	Die Präzisierung der Anforderungen an das individuelle Aushandeln	43
1.	Vermutung des individuellen Aushandelns bei vertragsangemessener Verhandlung	43
2.	Widerlegbare Vermutung individuellen Aushandelns auf der Grundlage eines Kriterienkatalogs	45
3.	Individualabrede beim Verhandeln über den Vertrag im Einzelnen	46
4.	Individualabrede bei angemessener Verhandlung über die Vertragsbedingung im Einzelnen	48
III.	Die Modifikation des Maßstabs der Inhaltskontrolle im B2B-Bereich	48
1.	Beachtung der Gewohnheiten und Gebräuche des unternehmerischen Geschäftsverkehrs	49
2.	Angemessene Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse des unternehmerischen Verkehrs	51
3.	Unangemessenheit bei erheblicher Abweichung von vernünftiger unternehmerischer Praxis	52
4.	Unangemessenheit nur bei grober Abweichung von guter unternehmerischer Praxis entgegen Treu und Glauben	53
5.	Unangemessenheit nur bei erheblicher Abweichung von objektiv vernünftiger unternehmerischer Praxis	54
§ 3	Der Diskussionsbericht zum Workshop „Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich“ am 14.5.2019 an der Universität Regensburg	61
I.	Abteilung 1: Die Beschränkung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr	61
1.	Kurzvortrag Marschollek: Beschränkung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	61

2. Diskussion zu Abteilung 1	64
a) Die gegenständliche Anknüpfung der AGB-Kontrolle (v.a. Wertgrenze)	64
b) Die personale Anknüpfung der AGB-Kontrolle	65
aa) Die Frage der Zweiteilung oder Dreiteilung	66
bb) Zeitpunkt und Erkennbarkeit	67
cc) Die Ergänzung durch einen Vermutungstatbestand	68
dd) Die Zusammenfassung der Diskussionsergebnisse	69
II. Abteilung 2: Die Modifikation der Individualabrede	71
1. Kurzvortrag Pfeiffer: Individualvereinbarungen und AGB	71
2. Diskussion zu Abteilung 2	72
a) Die Reichweite der Individualabrede	72
b) Die selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung	73
c) Individualabreden von Kleinunternehmen	74
d) Die Regelungstechnik: Regelbeispiele, Vermutungen	75
e) Einzelne Kriterien: Verhandlungsdauer, Vertragswert, gegenseitiges Nachgeben	75
f) Die Konkretisierung der selbstbestimmten Entscheidung	77
III. Abteilung 3: Die Modifikation des Maßstabs der Inhaltskontrolle	78
1. Kurzvortrag Kondring: Maßstab der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr	78
2. Diskussion zur Abteilung 3	79
a) Die „gute unternehmerische Praxis“ als Korrektiv in der AGB-Kontrolle	79
b) Zur Konkretisierung dieses Maßstabes („grobe“ oder „unbillige“ Abweichung)	80
c) Die Korrektur der Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB	82
d) Die Problematik des gesetzlichen Leitbildes in innovativen Geschäftsfeldern	84
IV. Abteilung 4: Konkreter weiterer Diskussionsvorschlag	85
V. Abteilung 5: Sonstiges	88

§ 4	Die Reform der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	89
	I. Die drei Regelungsaufgaben bei einer Reform des AGB-Rechts für den unternehmerischen Rechtsverkehr	89
	II. Die Beschränkung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	91
	1. Die Ausnahme für Großunternehmen als Verwendungsgegner	91
	2. Der Schutz von mittleren Unternehmen und Kleinunternehmen als Verwendungsgegner und seine Grenzen	92
	a) Der Schutz von KMU als Verwendungsgegner	92
	b) Die Freistellung von der AGB-Kontrolle bei Verträgen von Unternehmen mittlerer Größe	93
	c) Die „Abwärtsschranke“ als wertungsadäquate Lösung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Bereich	95
	d) Die alternative abweichende Erfassung von Kleinunternehmen	96
	3. Die Abgrenzung von Großunternehmen und KMU	98
	III. Die wertungsadäquate Regelung der Voraussetzungen der Individualabrede	100
	1. Die Bedeutung einer legislativen Präzisierung der Voraussetzungen der Individualabrede	100
	2. Die Anforderungen an die Konkretisierung der Individualabrede im unternehmerischen Bereich	102
	3. Die freie unternehmerische Entscheidung und die Regelbeispiele	105
	IV. Die Modifikation des Maßstabs der Inhaltskontrolle	105
	1. Die Notwendigkeit einer solchen Modifikation	105
	2. Der minimalinvasive Eingriff mit einem Ausschluss der Vermutungswirkung	107
	3. Die drei Regelungsgegenstände bei einer Modifikation des Maßstabs der Inhaltskontrolle	108
	a) Die Konkretisierung des adäquaten Bezugspunktes	108
	b) Der normative Maßstab: Die „gute“ unternehmerische Praxis	110
	c) Der Grad der Abweichung	112
	d) Die Folge einer Abweichung von der guten unternehmerischen Praxis	113

V. Der Bezug auf „innovative Geschäftsmodelle“ im Koalitionsvertrag v. 12. März 2018	114
1. Die Erfassung innovativer Geschäftsmodelle	114
2. Beispiele für die Brennglasfunktion der innovativen Geschäftsmodelle	116
VI. Fazit	118
Anhang I: Auszug der wesentlichen AGB-rechtlichen Vorschriften aus dem BGB	121
Anhang II: Rechtsvergleichender Überblick zur Inhaltskontrolle von Verträgen im unternehmerischen Verkehr	133
Anhang III: Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Workshops „Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich“ am 14.5.2019 an der Universität Regensburg	137

