

# Inhaltsverzeichnis

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| Vorwort.....                | V   |
| Inhaltsübersicht .....      | VII |
| Abkürzungsverzeichnis ..... | XXV |

|                 |   |
|-----------------|---|
| Einleitung..... | 1 |
|-----------------|---|

|  |   |
|--|---|
| A. <i>Anlass der Untersuchung</i> .....            | 2 |
| B. <i>Gang und Methodik der Untersuchung</i> ..... | 9 |

|                                |    |
|--------------------------------|----|
| Kapitel 1 – Ausgangslage ..... | 11 |
|--------------------------------|----|

|  |    |
|--|----|
| A. <i>Grenzen der §§ 305 ff. BGB für Haftungsbeschränkungsklauseln in AGB in unternehmerischen Verträgen</i> ..... | 13 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| I. Haftungsfreizeichnungsmöglichkeiten in Individualvereinbarungen im unternehmerischen Verkehr..... | 15 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| II. Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle..... | 15 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| 1. Vorformulierte Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen, § 305 Abs. 1, S. 1 BGB ..... | 16 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| 2. „Stellen“ von AGB, § 305 Abs. 1, S. 1 BGB..... | 17 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| 3. Voraussetzungen für ein „Aushandeln“, § 305 Abs. 1 S. 3 BGB..... | 19 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| a) Inhaltlicher Maßstab des Aushandelns ..... | 19 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| b) Aktuelle BGH-Rechtsprechung zum „Aushandeln“ ..... | 21 |
|---|----|

|  |    |
|--|----|
| c) Erforderliches Ausmaß des Aushandelns ..... | 24 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| 4. Konsequenz für Haftungsbeschränkungsklauseln für Unternehmen..... | 26 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| III. Grenzen der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB für Haftungsbeschränkungsklauseln in unternehmerischen Verträgen ..... | 26 |
|---|----|

|  |    |
|--|----|
| 1. Maßstab der unangemessenen Benachteiligung des § 307 BGB..... | 27 |
|--|----|

|  |    |
|--|----|
| 2. Kein Haftungsausschluss in AGB für „Kardinalpflichten“ .....  | 30 |
| 3. Indizwirkung der Grenzen der § 309 Nr. 7 lit. a und lit. b<br>BGB für Haftungsbeschränkungsklauseln im<br>unternehmerischen Verkehr ..... | 31 |
| a) Indizwirkung .....  | 31 |
| b) Grenzen der § 309 Nr. 7 lit. a und b BGB für<br>Haftungsbeschränkungsklauseln .....   | 33 |
| 4. AGB-Reformdiskussion anregende BGH-Rechtsprechung zur<br>Inhaltskontrolle des § 307 BGB .....   | 35 |
| 5. Möglichkeit summenmäßiger Haftungsbeschränkungen .....  | 37 |
| 6. Rechtsfolge unwirksamer AGB .....   | 39 |
| 7. Konsequenzen für Haftungsbeschränkungsklauseln in<br>unternehmerischen Verträgen .....  | 41 |
| IV. Fazit zu Haftungsfreizeichnungsmöglichkeiten im deutschen<br>AGB-Recht .....   | 43 |
| <i>B. Reformdiskussion um deutsches AGB-Recht</i> .....  | 44 |
| I. Reaktionen der Praxis auf BGH-Rechtsprechung und<br>Reformdiskussion .....  | 45 |
| 1. Broschüren zur Bewerbung des Rechtsstandortes .....   | 45 |
| 2. 69. Deutscher Juristentag 2012 .....  | 46 |
| 3. BMJV und <i>Leuschner</i> -Studie (2014) .....  | 46 |
| 4. Initiativen verschiedener Wirtschaftsverbände .....   | 48 |
| 5. Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode (März 2018) .....   | 49 |
| II. Argumente des Reformdiskurses der §§ 305 ff. BGB für den<br>unternehmerischen Rechtsverkehr .....  | 50 |
| 1. Argumente für eine AGB-Reform .....   | 50 |
| a) Kritik an Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB auf<br>unternehmerische Verträge .....   | 51 |
| b) Hohe Hürden für Haftungsbeschränkungsklauseln im<br>unternehmerischen Rechtsverkehr .....   | 52 |
| c) Kritik an Anforderungen des Aushandelns .....   | 53 |
| d) Mangelnde Wettbewerbsfähigkeit des deutschen AGB-<br>Rechts und Zwang zur Rechtsflucht .....  | 55 |
| e) Keine Rechtsprechungsänderung ersichtlich .....   | 58 |
| f) Ziele der Reformbefürworter .....   | 58 |
| 2. Argumente gegen eine AGB-Reform .....   | 60 |
| a) Angemessenheit und Rechtssicherheit derzeitiger<br>Inhaltskontrolle für unternehmerische Verträge .....                                   | 60 |
| b) Indizwirkung entspricht Leitbildfunktion des<br>geschriebenen Rechts gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....                                    | 63 |

|  |   |     |
|--|---|-----|
| c)   | Angemessene Anforderungen an das Aushandeln i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB.....                                   | 64  |
| d)   | Zweifel an hohem Risiko der Rechtsflucht wegen des deutschen AGB-Rechts .....                                     | 65  |
| e)   | Tiefgreifende, unvorhersehbare Folgen einer Reform.....   | 66  |
| 3.   | Erste Auffälligkeiten an Reformdiskussion .....   | 66  |
| a)   | Hoher Anteil an Diskutanten aus der Praxis .....  | 67  |
| b)   | Teilweise verzerrtes Rechtsbewusstsein über AGB-Kontrolle.....  | 68  |
| c)   | Zusammenhang zwischen Unternehmensgröße und internationaler Ausrichtung des Unternehmens mit Reformförderung..... | 69  |
| III.   | Bereits erfolgte Reformvorschläge .....   | 72  |
| 1.   | Maßstab des „Aushandelns“ im unternehmerischen Verkehr herabsenken .....  | 73  |
| 2.   | Begrenzung des Anwendungsbereiches der AGB-Kontrolle über den Gegenstandswert der Transaktion.....                | 75  |
| 3.   | Flexiblerer Prüfungsmaßstab des § 307 BGB für unternehmerische Verträge .....                                     | 77  |
| 4.   | Veränderungen im AGB-Recht <i>de lege lata</i> statt <i>de lege ferenda</i> .....                                 | 79  |
| 5.   | Bedenken bezüglich verschiedener Reformansätze .....  | 80  |
| C.   | <i>Zusammenfassung</i> .....  | 83  |
|  |   |     |
| Kapitel 2 – Kollisionsrechtliche Grenzen der Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB in unternehmerischen Verträgen..... |   |     |
| 85   |   |     |
| A.   | <i>Staatliche Gerichte</i> .....  | 87  |
| I.   | Gerichte der EU-Mitgliedstaaten .....   | 89  |
| 1.   | Grundsatz der Parteiautonomie .....   | 90  |
| 2.   | Grenzen des einfach zwingenden Rechts, Art. 3 Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO.....                                     | 94  |
| a)   | Grenze des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO.....  | 95  |
| aa)  | §§ 305 ff. BGB einfach zwingendes Recht i. S. d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO .....                                     | 97  |
| bb)  | Anforderungen eines reinen Inlandssachverhaltes i. S. d. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO.....                              | 98  |
| b)   | Grenze des Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO (Binnenmarktklausel).....   | 105 |

|  |     |
|--|-----|
| c) Fazit.....  | 106 |
| 3. Grenzen der international zwingenden Eingriffsnormen,<br>Art. 9 Rom I-VO.....                                   | 107 |
| 4. Grenzen des <i>ordre public</i> , Art. 21 Rom I-VO .....  | 110 |
| 5. Wahl des CISG .....   | 111 |
| 6. Fazit.....  | 115 |
| II. Gerichte von Drittstaaten.....   | 116 |
| 1. Ausweichmöglichkeiten vor staatlichen Gerichten der<br>Schweiz .....  | 117 |
| a) Geltungsbereich des IPRG-Schweiz: internationale<br>Sachverhalte.....   | 119 |
| b) Grundsätzliche Rechtswahlfreiheit in Verträgen,<br>Art. 116 IPRG-Schweiz.....                                   | 121 |
| c) Objektive Anknüpfung: Engster Zusammenhang,<br>Art. 117 IPRG-Schweiz.....                                       | 121 |
| d) Grenze der Rechtswahl aufgrund der Beachtung<br>ausländischer Eingriffsnormen, Art. 19 IPRG-Schweiz.....        | 122 |
| e) Allgemeine Ausnahmeklausel des Art. 15 IPRG-Schweiz.....  | 127 |
| f) Fazit.....  | 129 |
| 2. Ausweichmöglichkeiten vor staatlichen Gerichten Englands<br>(nach EU-Austritt des Vereinigten Königreichs)..... | 129 |
| a) Kollisionsrechtliche Rechtslage Englands bis zum<br>EU-Austritt des Vereinigten Königreichs .....               | 131 |
| b) Kollisionsrechtliche Rechtslage in England während des<br>Brexit-Übergangszeitraumes .....                      | 134 |
| c) Kollisionsrechtliche Rechtslage in England seit Ablauf<br>des Brexit-Übergangszeitraumes .....                  | 134 |
| d) Fazit.....  | 141 |
| 3. Fazit zu Grenzen der Rechtsflucht vor den §§ 305 ff. BGB<br>vor drittstaatlichen Gerichten .....                | 142 |
| III. Fazit und Konsequenzen für die Reformfrage.....   | 143 |
| <i>B. Schiedsgerichte</i> .....  | 144 |
| I. Sitz des Schiedsgerichts innerhalb der EU.....  | 146 |
| 1. Diskussion um Bindung der Schiedsgerichte an die Rom I-VO.....  | 147 |
| 2. Konsequenzen der Streitfrage für die Abwahlmöglichkeiten<br>des deutschen AGB-Rechts.....                       | 153 |
| 3. Durchsetzbarkeit einer Bindung der Schiedsgerichte in der<br>Praxis? .....                                      | 155 |
| a) Schiedsgerichtliche Entscheidung nach Rechtsregeln.....   | 155 |
| b) Billigkeitsentscheidung des Schiedsgerichts ( <i>amiable<br/>            compositeur</i> ) .....                | 158 |

|  |     |
|--|-----|
| 4. Fazit.....  | 162 |
| II. Sitz des Schiedsgerichts in Drittstaat (bspw. Schweiz und England post-Brexit) ..... | 163 |
| 1. Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz .....   | 163 |
| 2. Sitz des Schiedsgerichts in England (post-Brexit) .....                               | 167 |
| 3. Fazit.....  | 173 |
| III. Praxis der Schiedsgerichte im Umgang mit den §§ 305 ff. BGB.....                    | 174 |
| IV. Fazit und Konsequenzen für Reformfrage .....   | 179 |
| C. <i>Fazit und Konsequenzen für die Reformfrage</i> .....                               | 181 |

## Kapitel 3 – Einfluss des AGB-Rechts auf die Rechtswahl von Unternehmen in Handelsverträgen..... 185

|  |     |
|--|-----|
| A. <i>Rechtswahl von Unternehmen anhand inhaltlicher Vorzüge des Vertragsrechts?</i> .....     | 188 |
| I. Rationales Desinteresse an der Rechtswahl .....   | 189 |
| II. Vorteile einer Vertragsrechtswahl nicht <i>ex ante</i> vorhersehbar .....                  | 192 |
| III. Heterogene Interessen der Vertragsparteien.....   | 193 |
| IV. Werbung kein Indikator für eine inhaltliche Qualitätsabwägung durch Unternehmen .....      | 194 |
| V. Vertragsabschluss unter Annahme eines <i>self-sufficient contract</i> .....                 | 196 |
| VI. Fazit zur unternehmerischen Rechtswahl anhand inhaltlicher Vorzüge des Vertragsrechts..... | 196 |
| B. <i>Fülle an Anreizfaktoren</i> .....  | 197 |
| I. Analyisierte Studien und empirische Daten .....   | 197 |
| 1. Daten der Studien zu Verfahren vor staatlichen Gerichten .....                              | 198 |
| 2. Durch staatliche Gerichte veröffentlichte Daten.....  | 199 |
| 3. Daten schiedsrechtlicher Studien.....   | 199 |
| 4. Schwächen empirischer Daten .....   | 200 |
| II. Fülle an Anreizfaktoren für die unternehmerische Rechtswahl .....                          | 201 |
| 1. Materielles Recht .....   | 202 |
| 2. Möglichkeit der Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse in unternehmerischen Verträgen..... | 203 |
| 3. Vertrautheit eines Rechtssystems .....  | 204 |
| 4. Schiedsfreundlichkeit.....  | 206 |
| 5. Rechtstradition ( <i>common law / civil law</i> ).....                                      | 209 |
| 6. Englische Sprache und/oder Vielsprachigkeit .....   | 211 |
| 7. (Eindruck einer) Neutralität des Rechts.....  | 213 |

|  |     |
|--|-----|
| 8. Berechenbarkeit des Ausgangs einer Entscheidung .....   | 215 |
| 9. (Eindruck der) Stabilität eines Rechtssystems .....   | 218 |
| 10. Forum .....  | 218 |
| 11. Großer Finanz-, Versicherungs- und<br>Rückversicherungssektor .....  | 219 |
| 12. Zwischenergebnis: Fülle an Anreizfaktoren für die<br>unternehmerische Rechtswahl .....   | 221 |
| <i>C. Maßgeblichkeit des AGB-Rechts unter den Faktoren</i> .....   | 221 |
| I. Überblick über ältere Studien .....   | 222 |
| II. <i>Oxford Civil Justice Survey</i> (2008) .....  | 223 |
| III. <i>Queen Mary School of International Arbitration: Choices in<br/>International Arbitration</i> (2010) .....                        | 224 |
| IV. Forschungsprojekt im Auftrag des BMJV ( <i>Leuschner-Studie<br/>2014</i> ) .....   | 224 |
| 1. Frage der <i>Leuschner-Studie</i> (2014) an Schiedsrechtsexperten<br>zur Kausalität .....   | 225 |
| 2. Fragen der <i>Leuschner-Studie</i> (2014) an Unternehmens-<br>mitarbeiter zu Rechtswahlklauseln .....                                 | 226 |
| a) Rechtsflucht bei inländischen Vertragsschlüssen aufgrund<br>des deutschen AGB-Rechts? .....   | 227 |
| b) Rechtsflucht in grenzüberschreitenden Verträgen<br>aufgrund des deutschen AGB-Rechts? .....   | 229 |
| 3. Fazit zur <i>Leuschner-Studie</i> (2014) .....  | 230 |
| V. Aktuellste Studie: <i>Queen Mary School of International<br/>Arbitration: The Evolution of International Arbitration</i> (2018) ..... | 230 |
| VI. Fazit: AGB-Recht kein alleiniger noch ausschlaggebender<br>Faktor in der unternehmerischen Rechtswahl .....                          | 232 |
| <i>D. Zugrundeliegende Mechanismen der Rechtswahl von<br/>Unternehmen</i> .....  | 233 |
| I. Bevorzugte Wahl der Heimatrechtsordnung, alternativ eines<br>neutralen Rechts .....   | 233 |
| II. Verknüpfung der Wahl des anwendbaren materiellen Rechts und<br>des Forums .....  | 235 |
| 1. Empirische Daten hinsichtlich Verknüpfung der Wahl .....  | 235 |
| 2. Ökonomische Rationalität einer Verknüpfung .....  | 238 |
| 3. Konsequenz für Reform .....   | 239 |
| III. Netzwerk- und Lock-in-Effekte .....   | 239 |
| IV. Fazit zu zugrundeliegenden Mechanismen .....   | 242 |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| E.   | <i>Mögliche Auswirkungen einer AGB-Reform auf die Attraktivität der deutschen Rechtsordnung</i> .....                              | 243 |
| I.   | Auswirkungen einer AGB-Reform auf einzelne Anreizfaktoren.....   | 243 |
| 1.   | Unbeeinflussbare Faktoren durch Reform des AGB-Rechts.....   | 243 |
| 2.   | Beeinflussbare Faktoren durch Reform des AGB-Rechts.....   | 244 |
| 3.   | Langfristig beeinflussbarer Faktor: Vertrautheit eines Rechtssystems.....  | 245 |
| 4.   | Zwischenfazit: Nur wenige Anreizfaktoren der unternehmerischen Rechtswahl durch Reform des deutschen AGB-Rechts beeinflussbar..... | 246 |
| II.  | Einfluss der zugrundeliegenden Mechanismen.....  | 247 |
| III. | Zwischenfazit.....   | 248 |
| F.   | <i>Fazit zum Einfluss des AGB-Rechts auf die Rechtswahl und Konsequenzen für die Reformfrage</i> .....                             | 248 |

|  |  |     |
|--|--|-----|
| Kapitel 4 – AGB-Kontrolle der Haftungsbeschränkungs- |  |     |
| klauseln in anderen Rechtsordnungen –                |  |     |
| Rechtsvergleich mit England, Schweiz und             |  |     |
| Frankreich.....                                      |  | 251 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| A.   | <i>Bevorzugte unternehmerische Wahl</i> .....   | 252 |
| I.   | Bevorzugte Rechtswahl der Unternehmen.....  | 253 |
| II.  | Bevorzugte Forumswahl der Unternehmen.....  | 255 |
| B.   | <i>Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr im englischen Recht</i> ..... | 258 |
| I.   | <i>Common law rules</i> als Kontrolle von Vertragsklauseln.....   | 260 |
| II.  | <i>Principles of construction</i> als Kontrolle von Vertragsklauseln.....                                       | 261 |
| III. | <i>Unfair Contract Terms Act 1977</i> .....   | 263 |
| 1.   | Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des UCTA 1977.....  | 264 |
| 2.   | Differenzierungsüberlegungen der <i>Law Commissions</i> für den UCTA 1977.....                                  | 265 |
| 3.   | Inhalt und Auslegung des UCTA 1977.....   | 267 |
| a)   | Haftung für Fahrlässigkeit, Art. 2 UCTA 1977.....   | 268 |
| b)   | Haftungsbeschränkungen in <i>written standard terms of business</i> , Art. 3 UCTA 1977.....                     | 269 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| c)   | Weitere Haftungsbeschränkungsregelungen für besondere Verträge und Vertragspflichten, Art. 6, 7, 8 UCTA 1977 .....          | 271 |
| d)   | Maßstab des <i>test of reasonableness</i> .....   | 272 |
| e)   | Berücksichtigung der Besonderheiten des unternehmerischen Verkehrs .....  | 275 |
| 4.   | Handhabung internationaler Verträge und Rechtswahl im UCTA 1977 .....   | 277 |
| a)   | Ausnahme internationaler Lieferverträge, Art. 26 UCTA 1977 .....  | 277 |
| b)   | Kollisionsrechtliche Besonderheiten für internationale Verträge, Art. 27 UCTA 1977 .....                                    | 280 |
| 5.   | Rechtsfolge unwirksamer Klauseln nach dem UCTA 1977 .....   | 283 |
| IV.  | Weitere wettbewerbsstärkende Faktoren des englischen Vertragsrechts bzw. allgemeinen Rechts .....                           | 284 |
| 1.   | Hohe Bedeutung des <i>freedom of contracts</i> im unternehmerischen Kontext im englischen Vertragsrecht .....               | 284 |
| 2.   | Kein <i>general principle of good faith</i> im englischen Recht .....   | 285 |
| 3.   | Unternehmensfreundliche Handelsgerichte durch sehr praxiserfahrene Richter und spezialisierte <i>Commercial Courts</i> .... | 286 |
| 4.   | Einfache Wahlmöglichkeit des forumeigenen Rechts im <i>common law</i> .....   | 286 |
| V.   | Andere Wettbewerbslage Englands nach Brexit seit Ablauf des Übergangszeitraumes .....                                       | 288 |
| VI.  | Fazit zur englischen AGB-Kontrolle .....  | 292 |
| VII. | Rechtsvergleich der Kontrolle von Haftungsbeschränkungs-klauseln im englischen und deutschen Recht .....                    | 293 |
| 1.   | Vorliegen einer AGB-Kontrolle .....   | 293 |
| 2.   | Auslegung von Haftungsbeschränkungs-/ -ausschlussklauseln .....   | 294 |
| 3.   | Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle .....   | 294 |
| a)   | Ausnahme des „Aushandelns“ .....  | 294 |
| b)   | Ausnahme internationaler Verträge .....   | 295 |
| c)   | Differenzierung zwischen Großunternehmen und KMUs bei der Klauselkontrolle .....  | 296 |
| 4.   | Maßstab der Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln: <i>reasonableness</i> und „unangemessene Benachteiligung“ .....          | 296 |
| 5.   | Genereller Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit .....  | 297 |
| 6.   | Haftungsausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bei eigenem Verschulden .....                                       | 297 |
| 7.   | Haftungsausschluss für Gehilfen .....   | 297 |
| 8.   | Summenmäßiger Haftungsausschluss .....  | 298 |
| 9.   | Rechtsfolge unwirksamer Klauseln: Keine geltungserhaltende Reduktion .....  | 298 |

|   |     |
|---|-----|
| 10. Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit .....   | 298 |
| VIII. Fazit .....   | 298 |
| C. <i>Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr im Schweizer Recht</i> .....   |     |
| 299   |     |
| I. Geltungskontrolle von AGB .....  | 301 |
| 1. Vorliegen von AGB .....  | 301 |
| 2. Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Verkehr .....  | 301 |
| 3. Ungewöhnlichkeitsregel der bundesgerichtlichen<br>Rechtsprechung.....  | 302 |
| a) Globalübernahme von AGB .....  | 303 |
| b) Schwächerer oder unerfahrener Vertragspartner<br>(subjektive Voraussetzung) .....  | 304 |
| c) Vorliegen ungewöhnlicher, d. h. überraschender<br>Regelungen (objektive Voraussetzung) .....   | 305 |
| d) Zwischenergebnis .....   | 306 |
| 4. Kritik an „verdeckter Inhaltskontrolle“ und Forderung einer<br>offenen Inhaltskontrolle .....  | 307 |
| II. Auslegung von AGB .....   | 310 |
| III. Inhaltskontrolle von AGB .....   | 312 |
| 1. Keine offene AGB-Inhaltskontrolle (mehr) des Art. 8 UWG-<br>Schweiz im unternehmerischen Verkehr .....   | 312 |
| 2. Einbeziehung von KMUs in den Schutzbereich des Art. 8<br>UWG-Schweiz n. F.? .....  | 315 |
| 3. Untypischer Ort der AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht<br>(UWG).....  | 316 |
| IV. Allgemeine vertragsrechtliche Kontrollen .....  | 317 |
| 1. Allgemeine Schranken von Haftungsfreizeichnungsklauseln,<br>Art. 100, 101 Abs. 2, 3 OR-Schweiz .....   | 318 |
| a) Haftung für eigenes Verschulden, Art. 100 Abs. 1<br>OR-Schweiz.....  | 318 |
| b) Haftung für Hilfspersonen, Art. 101 Abs. 2 OR-Schweiz.....   | 320 |
| c) Haftungsfreizeichnung im Arbeitsverhältnis oder bei Ge-<br>werbebetrieben, deren Ausübung eine öffentliche Konzes-<br>sion voraussetzt, Art. 100 Abs. 2, 101 Abs. 3 OR-Schweiz ..... | 321 |
| 2. Spezielle Kontrollen des besonderen Vertragsrechts .....   | 323 |
| 3. Grenzen des allgemeinen Vertragsrechts der Artt. 19–21<br>OR-Schweiz.....  | 324 |
| 4. Zwischenergebnis .....   | 326 |
| V. Rechtsfolge unwirksamer Klauseln .....   | 326 |
| VI. Rechtsschutz gegen AGB-Klauseln .....   | 328 |
| VII. Fazit zur Schweizer AGB-Kontrolle.....   | 328 |

|   |     |
|---|-----|
| VIII. Rechtsvergleich der Kontrolle von Haftungsbeschränkungs-          |     |
| klauseln im Schweizer und im deutschen Recht .....                      | 330 |
| 1. Vorliegen einer AGB-Kontrolle .....                                  | 330 |
| 2. Voraussetzungen für „nicht-Geltung“ der AGB-Kontrolle .....          | 331 |
| 3. Haftungsausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bei          |     |
| eigenem Verschulden .....   | 331 |
| 4. Genereller Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben,              |     |
| Körper und Gesundheit .....   | 332 |
| 5. Haftungsausschluss für Gehilfen .....                                | 333 |
| 6. Summenmäßiger Haftungsausschluss .....                               | 333 |
| 7. Geltungserhaltende Reduktion .....                                   | 334 |
| 8. Generelle vertragsrechtliche Grenzen .....                           | 334 |
| 9. Fallstricke des Schweizer Rechts aus dem besonderen                  |     |
| Schuldrecht des OR .....  | 334 |
| 10. Rechtssicherheit durch Rechtsprechungsdichte .....                  | 335 |
| IX. Fazit .....   | 336 |
| <br>  |     |
| D. Kontrolle von Haftungsbeschränkungsklauseln im                       |     |
| unternehmerischen Rechtsverkehr im französischen Recht .....            | 337 |
| <br>  |     |
| I. Ähnliche Wettbewerbslage Frankreichs und Deutschlands                |     |
| hinsichtlich Anreizfaktoren .....                                       | 338 |
| II. AGB-Kontrolle in Frankreich .....                                   | 339 |
| 1. Reformziel und Reforminhalt betreffend AGB .....                     | 340 |
| 2. Französische AGB-Kontrolle bis zur Reform des <i>Code Civil</i>      |     |
| im Jahr 2016 .....  | 344 |
| 3. Neu kodifizierte AGB-rechtliche Regelungen seit der Reform           |     |
| (seit 1. Oktober 2016) .....  | 346 |
| a) Unterscheidung zwischen ausgehandelten und nicht                     |     |
| ausgehandelten Verträgen, Art. 1110 <i>Code Civil</i> n.F. ....         | 347 |
| b) Einbeziehung (Art. 1119 <i>Code Civil</i> n.F.) und Auslegung        |     |
| (Art. 1190 <i>Code Civil</i> n.F.) von AGB .....                        | 349 |
| c) Verbot der Aushöhlung von Kardinalpflichten, Art. 1170               |     |
| <i>Code Civil</i> n.F. ....   | 349 |
| d) Kontrollmaßstab des <i>déséquilibre significatif</i> , Art. 1171     |     |
| <i>Code Civil</i> n.F. ....   | 350 |
| 4. Verhältnis des reformierten Art. 1171 <i>Code Civil</i> n.F. und der |     |
| bestehenden handelsrechtlichen Vorschrift, Art. L442-6 I 2°             |     |
| a.F. bzw. Art. L442-1 I 2° n.F. <i>Code de Commerce</i> .....           | 353 |
| a) Regelungsgehalt und Rechtsfolge der handelsrechtlichen               |     |
| Bestimmung .....  | 353 |
| b) Konvergenzen der Normen .....  | 356 |
| c) Divergenzen .....  | 357 |

|  |            |
|--|------------|
| d) Koexistenz .....  | 359        |
| 5. Kritik an neuen AGB-rechtlichen Kodifikationen des<br>französischen Rechts.....   | 360        |
| 6. Fazit zur französischen AGB-Kontrolle von<br>Haftungsfreizeichnungsklauseln.....  | 362        |
| III. Rechtsvergleich der Kontrolle von<br>Haftungsbeschränkungsklauseln im französischen und<br>deutschen Recht .....              | 362        |
| IV. Konsequenzen und Fazit.....  | 364        |
| <i>E. Fazit des Rechtsvergleichs und Konsequenzen für den<br/>    Reformbedarf des deutschen AGB-Rechts.....</i>                   | <i>365</i> |
| I. Liberalere AGB-Kontrolle in beliebten „Fluchtzielen“? .....   | 365        |
| II. Liberalisierungstrend der AGB-Kontrolle in anderen<br>Rechtsordnungen in Europa? .....   | 366        |
| III. Konsequenzen für deutsches Recht.....   | 366        |
| <br>Kapitel 5 – Konsequenzen für Reformüberlegungen im<br>deutschen AGB-Recht.....   | <br>367    |
| <i>A. Ergebnisse der Analyse des Rechtsfluchtrisikos aufgrund des<br/>    deutschen AGB-Rechts .....</i>                           | <i>367</i> |
| I. Kollisionsrechtliche Grenzen der Rechtsflucht (Kapitel 2) .....   | 367        |
| II. Einfluss des AGB-Rechts auf die unternehmerische Rechtswahl<br>(Kapitel 3).....  | 368        |
| III. AGB-Kontrolle der Haftungsbeschränkungsklauseln in anderen<br>Rechtsordnungen (England, Schweiz, Frankreich) (Kapitel 4)..... | 369        |
| <i>B. Handlungsbedarf des Staates?.....</i>  | <i>370</i> |
| I. Verbleibende Gründe für AGB-Kontrolle trotz Rechtsflucht .....  | 371        |
| 1. Abwehrfunktion gegen einseitige Inanspruchnahme der<br>Gestaltungsmacht.....  | 372        |
| 2. Schutzfunktion vor Verhandlungsungleichgewicht und<br>Marktmacht.....   | 373        |
| 3. Partielles Marktversagen und Informationsasymmetrie .....   | 374        |
| 4. Verhandlungspsychologische Sogwirkung .....   | 378        |
| 5. Fazit.....  | 378        |
| II. Interesse des Staates an „attraktivem“ AGB-Recht.....  | 378        |
| 1. Anreize aus Sicht des Staates .....   | 379        |
| a) Wirtschaftliche Anreize für einen Staat.....  | 380        |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| b)   | Nichtwirtschaftliche Anreize für einen Staat .....  | 382 |
| c)   | Anreize hinsichtlich des Gerichtsstandortes aus dem<br>Zusammenhang von Rechts- und Forumswahl .....              | 384 |
| d)   | Fazit zu den Anreizen aus Sicht des Staates .....   | 389 |
| 2.   | Anreize anderer Diskutanten .....   | 390 |
| a)   | Anreize aus Sicht der Unternehmen .....   | 390 |
| b)   | Anreize aus Sicht der rechtsberatenden Branche .....  | 391 |
| c)   | <i>Principal-agent</i> -Konflikt bei Wettbewerbsanreizen<br>zwischen Mandant und Anwalt .....                     | 393 |
| 3.   | Schlussfolgerungen zu Anreizen für ein „attraktives“ AGB-<br>Recht .....  | 394 |
|      |   |     |
| C.   | <i>Sinnvolle Ansatzpunkte einer AGB-Reform im Lichte der<br/>Analyseergebnisse zum Rechtsfluchtargument</i> ..... | 395 |
|      |   |     |
| I.   | Reformpaket: AGB-Recht und Einführung von Kammern für<br>internationale Handelssachen .....                       | 396 |
| 1.   | Bereits bestehende Gesetzentwürfe für Kammern für<br>internationale Handelssachen .....                           | 397 |
| 2.   | Komponente der Spezialisierung der Gerichte durch<br>Gesetzentwurf .....  | 399 |
| 3.   | Sprachliche Komponente des Gesetzentwurfs .....   | 400 |
| 4.   | Fazit .....   | 403 |
| II.  | Weitere gesetzgeberische Bestrebungen bezüglich anderer<br>Anreizfaktoren .....                                   | 404 |
| III. | Differenzierung anhand der Unternehmensgröße und des<br>Unternehmensumsatzes .....                                | 404 |
| 1.   | Bestehende Vorschläge für Differenzierung anhand einer<br>Unterkategorie der KMU .....                            | 405 |
| 2.   | Differenzierung zwischen Unternehmensgrößen im<br>niederländischen AGB-Recht .....                                | 408 |
| 3.   | Fazit .....   | 412 |
| IV.  | Differenzierung zwischen nationalen und internationalen<br>Verträgen .....  | 412 |
| 1.   | Differenzierung bereits im englischen und niederländischen<br>AGB-Recht .....                                     | 413 |
| 2.   | Fazit .....   | 415 |
| V.   | Kombination der Differenzierung anhand der Unternehmens-<br>größe und der Internationalität des Vertrages .....   | 416 |
| VI.  | Weitere Ansatzideen für eine AGB-Reform .....   | 417 |
| 1.   | Erlaubnisnorm ähnlich dem Regelungsmechanismus des<br>§ 512 Abs. 2 HGB schaffen .....                             | 418 |

|  |            |
|--|------------|
| 2. Ausnahme bei ausdrücklichem Hinweis auf die Klausel<br>ähnlich dem Schweizer Recht .....  | 419        |
| 3. Vorantreiben einer Mindestharmonisierung des AGB-Rechts<br>im unternehmerischen Rechtsverkehr auf EU-Ebene.....                       | 419        |
| 4. Optionen des deutschen Gesetzgebers zur zwingenden<br>Durchsetzung des deutschen AGB-Rechts gegenüber<br>deutschen Unternehmen? ..... | 421        |
| VII. Fazit zu sinnvollen Ansatzpunkten einer AGB-Reform im<br>Lichte des Rechtsfluchtargumentes .....                                    | 423        |
| <i>D. Fazit zu Konsequenzen der Analyse zu Reformüberlegungen.....</i>   | <i>424</i> |
| <br>Zusammenfassung und Schlussbetrachtung .....   | <br>425    |
| <i>A. Zusammenfassung der Analyse des Rechtsfluchtargumentes.....</i>  | <i>425</i> |
| <i>B. Schlussfolgerungen für eine AGB-Reform .....</i>   | <i>427</i> |
| <br>Literaturverzeichnis .....   | <br>429    |
| Materialienverzeichnis .....   | 447        |
| Rechtsprechungsverzeichnis .....   | 451        |
| Sachverzeichnis.....   | 457        |