

Inhaltsverzeichnis

A. Anlass, Gegenstand und Aufbau der Untersuchung	15
B. Schutzzweck des AGB-Rechts	21
I. Herleitung des Schutzzwecks der AGB-Kontrolle	21
1. Konkret-individuelle Betrachtung	22
a) Unterlegenheit des Vertragspartners	22
aa) Wirtschaftliche Unterlegenheit	22
bb) Intellektuelle Unterlegenheit	24
cc) Situative/informationelle Unterlegenheit	25
b) Einseitige Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsfreiheit	26
2. Abstrakt-generelle Betrachtung	28
a) Schutz des Gemeinwohls	28
b) Schutz des Marktes	29
3. Ökonomische Betrachtung	29
4. Kontrolle des „Quasigesetzgebers“	32
5. Verfassungsrechtliche Begründung	34
6. Fazit	35
II. Europarecht	36
1. Verbraucherschutzrichtlinie 93/13/EWG	37
2. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	39
III. Rechtfertigung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	41
1. Sinn und Zweck der Differenzierung zwischen Unternehmer- und Verbraucherverkehr	43
2. Bedeutung des § 310 Abs. 1 BGB	45
3. Auswirkungen des Europarechts	47
4. Sonderstellung des deutschen Rechts im internationalen Geschäfts- verkehr	48
IV. Gewohnheitsrechtliche Anknüpfungspunkte für AGB	50
C. Praxis der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr nach geltendem Recht	53
I. Aushandeln von Vertragsbedingungen	54
1. Anforderungen an das Aushandeln von Individualvereinbarungen nach der h.M.	54
a) Unveränderte Beibehaltung von Vertragsbedingungen	58
b) Ausstrahlungswirkung	60
2. Urteil des BGH vom 17.02.2010 – VIII ZR 67/09	61

a)	Inhalt der Entscheidung	61
b)	Konsequenzen der Entscheidung	62
3.	Zwischenergebnis	65
II.	Inhaltliche Kontrolle von Vertragsbedingungen – Anwendbarkeit der §§ 308, 309 BGB gemäß § 310 Abs. 1 S. 1 BGB	66
1.	Differenzierung nach Art des Klauselverbots	67
a)	§ 308 BGB	67
b)	§ 309 BGB	68
2.	Zwischenergebnis	68
III.	Die Inhaltskontrolle am Beispiel von Haftungsausschluss- und Haftungs- begrenzungsklauseln	70
1.	Individualvertragliche Haftungsausschlüsse und Haftungs- beschränkungen	70
2.	Haftungsausschlüsse und Haftungsbegrenzungen in AGB	71
a)	Die Klauselverbote des § 309 Nr. 7 BGB	71
aa)	Art der Haftungsfreizeichnung	73
(1)	Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden	73
(2)	Begrenzung der Haftung auf eine Höchstsumme	73
(3)	Ausschluss der Haftung für mittelbare Schäden	75
bb)	Verschuldensgrad	76
(1)	Vorsatz	77
(2)	Fahrlässigkeit	77
cc)	Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit	77
(1)	Pflichtverletzung des Klauselverwenders selbst	78
(2)	Verschulden einfacher Erfüllungsgehilfen	79
(3)	Wesentliche Vertragspflichten nach der Rechtsprechung – die sogenannten Kardinalpflichten	79
b)	Freizeichnung für einfache Fahrlässigkeit	82
c)	Zusammenfassung	82
D.	Defizite der derzeitigen Rechtslage	84
I.	Beispielfälle	84
II.	Aushandeln von Vertragsbedingungen	89
1.	Anforderungen an das Aushandeln nach der h.L.	90
2.	Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung der Parteien	92
a)	Begriff des Aushandelns und des Verhandeln	92
b)	Vertragsverhandlungen in der Praxis	95
c)	Begründung des Gesetzentwurfs	99
3.	Aushandelnprozess	100
a)	Keine Abänderungsbereitschaft erforderlich	102
b)	Abänderungsbereitschaft erforderlich	105
aa)	Änderungsbereitschaft hinsichtlich jeder einzelnen Vertrags- bedingung	107

bb) Allgemein geäußerte Änderungsbereitschaft	107
c) Stellungnahme	110
4. Beurteilung vor dem Hintergrund europarechtlicher Bestimmungen ...	112
a) Verbraucherschutzrichtlinie 93/13/EWG	112
b) Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	116
5. Argumente der Reformbefürworter	118
a) System der wechselseitigen Aushandelsobliegenheiten	119
aa) Ausschlagen des Verhandlungsangebots	120
bb) Annahme des Verhandlungsangebots	123
cc) Stellungnahme	125
b) Vertragsverhandlung über einen längeren Zeitraum	128
aa) Meinungsstand	128
bb) Stellungnahme	128
c) Bereits zuvor ausgehandelte Vertragsbedingungen	129
aa) Meinungsstand	129
bb) Stellungnahme	130
d) Rechtliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen des Aushandels- prozesses	131
aa) Große wirtschaftliche Bedeutung	131
(1) Meinungsstand	132
(2) Stellungnahme	134
bb) Anwaltliche Beratung des Vertragspartners	136
(1) Meinungsstand	136
(2) Stellungnahme	137
cc) Intensität des Verhandels	137
(1) Meinungsstand	137
(2) Stellungnahme	138
dd) Umstände in der Person des Vertragspartners	139
(1) Meinungsstand	139
(2) Stellungnahme	141
e) Paketlösungen	145
aa) Aushandeln einzelner Bedingungen, ganzer Pakete oder des vollständigen Vertrages	147
(1) Im Falle grundsätzlich bestehender Aushandelsbereitschaft	147
(2) Im Falle nicht bestehender Aushandelsbereitschaft	150
bb) Reichweite der Vermutungswirkung	151
6. Fazit	153
III. Inhaltliche Kontrolle von Vertragsbedingungen	154
1. Befürwortung der Rechtsprechung auch im Schrifttum	154
a) Rechtsprechung als originäre Grundlage der Gesetzgebung	155
b) Sachliche Rechtfertigung der Übertragung der Wertungen der §§ 308, 309 BGB auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr .	157

2.	Argumente der Reformbefürworter	158
a)	Grundproblem	159
b)	Rückgriff auf die Gesetzesbegründung	162
c)	Folgen der Rechtsprechung	163
aa)	Umkehr der Darlegungs- und Beweislast	164
bb)	Situation der Rechtsunsicherheit	164
d)	Zwischenergebnis	165
3.	Beurteilung vor dem Hintergrund europarechtlicher Bestimmungen ...	166
a)	Verbraucherschutzrichtlinie 93/13/EWG	166
b)	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	169
4.	Sachgerechtigkeit der Inhaltskontrolle am Beispiel von Haftungsfrei- zeichnungen	173
a)	Art der Haftungsfreizeichnung	173
aa)	Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden	173
(1)	Meinungsstand	173
(2)	Stellungnahme	174
bb)	Begrenzung der Haftung auf eine Höchstsumme	175
(1)	Meinungsstand	175
(2)	Stellungnahme	176
b)	Verschuldensgrad	178
aa)	Grob fahrlässige Pflichtverletzungen des Klauselverwenders ..	179
(1)	Meinungsstand	179
(2)	Stellungnahme	180
bb)	Grob fahrlässige Pflichtverletzungen einfacher Erfüllungs- gehilfen	181
(1)	Meinungsstand	181
(2)	Stellungnahme	182
cc)	Leicht fahrlässige Pflichtverletzungen	184
dd)	„Kardinalpflichtenrechtsprechung“ – Wesentliche Vertrags- pflichten	185
(1)	Organisationspflichten	188
(a)	Meinungsstand	188
(b)	Stellungnahme	190
(2)	Besonders schutzwürdiges Vertrauen	190
(a)	Meinungsstand	191
(b)	Stellungnahme	191
(3)	Parallelverlauf der Bedeutung von Vertragspflicht und Verschuldensgrad	192
(a)	Meinungsstand	192
(b)	Stellungnahme	193
(4)	Vertragszweckgefährdung	194

(a) Meinungsstand	194
(b) Stellungnahme zu rechtlichen Anreizen	197
(aa) Schadensersatzansprüche bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit	197
(bb) Minderungs- und Rücktrittsrechte	199
(cc) Aufwendungsersatz	200
(dd) Vertragsstrafe	201
(c) Stellungnahme zu faktischen Anreizen	202
(d) Zwischenergebnis	203
(5) Vertragstypische vorhersehbare Schäden	203
(a) Meinungsstand	204
(b) Stellungnahme	205
(6) Gefahren- und Risikobereich	207
(a) Meinungsstand	207
(b) Versicherbarkeit von Vertragsrisiken und eintretenden Schäden	208
(aa) Vom Klauselverwender abgeschlossene Versicherung	211
(bb) Vom Vertragspartner abgeschlossene Versicherung	213
(c) Kompensationsmöglichkeiten	218
(7) Fazit	220
5. Stellungnahme zur Kritik der Literatur an der Praxis der AGB-Inhalts- kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr durch die Recht- sprechung	226
E. Korrektur der ABG-Kontrolle durch Berücksichtigung von Gewohnheiten und Gebräuchen des Handelsverkehrs	231
I. Bedeutung der Gewohnheiten und Gebräuche	231
II. Rolle der Gewohnheiten und Gebräuche in der Rechtsprechung	234
1. Handelsbrauch gemäß § 346 HGB als Anknüpfungspunkt	235
2. Verkehrssitte als Anknüpfungspunkt	238
3. Internationale Regelwerke als Anknüpfungspunkt für die Berück- sichtigung von Gewohnheiten und Gebräuchen	245
III. Korrektur der AGB-Kontrolle durch den „maßgeblichen“ unternehme- rischen Geschäftsverkehr	250
IV. Erforderlichkeit einer Gesetzesänderung	252
1. Aufwertung der Bedeutung von Gewohnheiten und Gebräuchen des unternehmerischen Geschäftsverkehrs	254
a) Branchenüblichkeit	255
b) Gruppenüblichkeit	257
aa) Produktions- und Vertriebsstufen	257
bb) Größe und Funktion des Unternehmens	259

(1) Größe des Unternehmens	259
(2) Funktion des Unternehmens	261
c) Geschäftsgewandtheit	261
d) Fazit	262
2. Darlegungs- und Beweislast	263
a) Rechtfertigung einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast bei Vorliegen einer situativen Unterlegenheit	264
b) Erleichterte Darlegungs- und Beweislast bei Vorliegen von Gewohnheiten und Gebräuchen	265
c) Würdigung und Fazit	266
F. Umsetzung der erforderlichen Gesetzesänderung	269
I. Kritische Würdigung der vorliegenden Vorschläge	269
1. Vorschläge für eine Neufassung/Änderung von § 305 BGB	269
a) Definition der Individualvereinbarung durch Formulierung eines positiven Anforderungskatalogs	269
b) Verhandlungsprozess als entscheidendes Kriterium für das Entstehen von Individualvereinbarungen	271
c) Inhaltliche Einflussnahme auf die Vertragsbedingungen als entscheidendes Kriterium für das Entstehen von Individualvereinbarungen ..	272
d) Selbstbestimmte Entscheidung als Voraussetzung für das Entstehen von Individualvereinbarungen	275
e) Beweiserleichterung für Entstehen von Individualvereinbarungen durch die Vermutung einer selbstbestimmten Entscheidung bei Vertragsschluss	279
f) Allgemeine Herabsetzung der Anforderungen an das Entstehen von Individualvereinbarungen	282
g) Verzicht auf ernsthaftes Zur-Disposition-Stellen bei tatsächlich erfolgten erheblichen Änderungen	283
2. Änderung des § 310 BGB	285
a) Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs als Maßstab der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	285
b) Kodifizierung einer geringeren Schutzbedürftigkeit von Unternehmern für eine differenzierte AGB-Kontrolle	288
c) Übliche Gepflogenheiten als Maßstab der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	290
d) Gängige unternehmerische Praxis als Maßstab der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	293
e) Rückbesinnung auf originäre Legitimation der AGB-Kontrolle durch Stärkung des Begriffs des Verhandels sowie Berücksichtigung der Gegebenheiten des betroffenen Wirtschaftszweiges	296
aa) Änderung des Anwendungsbereichs der AGB-Kontrolle	297
bb) Änderung des Maßstabes der Inhaltskontrolle	300
f) Sachliche Besonderheiten der beteiligten unternehmerischen Verkehrskreise als Maßstab der Inhaltskontrolle im unternehmerischen	

Geschäftsverkehr	304
g) Gewährleistung einer eigenständigen AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr durch Einführung eines neuen § 310a BGB	305
aa) Änderung des Anwendungsbereiches	307
bb) Änderung des Maßstabes der Inhaltskontrolle	310
h) Vernünftige unternehmerische Praxis als Maßstab der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	312
i) Ausschluss großvolumiger Verträge von der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr	313
II. Zusammenfassung und Ausblick – eigener Vorschlag	316
1. Möglichkeit zum Abschluss von Individualvereinbarungen	317
a) Rückbesinnung auf den Schutzzweck der AGB-Kontrolle	320
aa) Kernbereich der unternehmerischen Tätigkeit als Anknüpfungspunkt	322
bb) System der wechselnden Aushandelsobliegenheiten	324
b) Berücksichtigung sonstiger Merkmale bei der Entstehung von Individualvereinbarungen	327
c) Möglichkeit der individuellen Vereinbarung des gesamten Vertrags ..	330
2. Maßstab der Inhaltskontrolle	333
a) Schwächen der Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle am Beispiel von Haftungsfreizeichnungen	335
aa) Verbot der Haftungsfreizeichnung für wesentliche Vertragspflichten	336
bb) Haftungsfreizeichnungen bei einfacher und grober Fahrlässigkeit	337
cc) Besonderheiten des Vertragsschlusses – Einbeziehung des gesamten Vertragsinhalts	339
b) Üblichkeit der Vertragsgestaltung als Anknüpfungspunkt für die Inhaltskontrolle	341
3. Legislative Umsetzung	343
a) Entstehen von Individualvereinbarungen	343
b) Maßstab der Inhaltskontrolle	345
c) Wortlaut des Gesetzesvorschlages	347
Literaturverzeichnis	349
Stichwortverzeichnis	359