

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

---

**Band 475**

**Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen  
im unternehmerischen Geschäftsverkehr  
unter Berücksichtigung geltender  
Gewohnheiten und Gebräuche**

**Von**

**Elise Huth**



**Duncker & Humblot · Berlin**

ELISE HUTH

Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im  
unternehmerischen Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung  
geltender Gewohnheiten und Gebräuche

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 475

Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen  
im unternehmerischen Geschäftsverkehr  
unter Berücksichtigung geltender  
Gewohnheiten und Gebräuche

Von

Elise Huth



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg  
hat diese Arbeit im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0720-7387  
ISBN 978-3-428-15279-7 (Print)  
ISBN 978-3-428-55279-5 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85279-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Juni 2016 berücksichtigt werden.

Herrn Prof. Dr. Marian Paschke danke ich ganz herzlich für die Betreuung der Arbeit. Bei Herrn Prof. Dr. Robert Koch möchte ich mich ebenso herzlich für die Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Mein besonderer Dank gilt darüber hinaus einer Reihe von Personen, die mich während der Anfertigung der Arbeit auf vielfältige Weise unterstützt haben. Diese wissen, dass sie hier gemeint sind, auch wenn sie nicht namentlich genannt werden.

Hamburg, im Juli 2017

*Elise Huth*



# 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 Haftungsbeschränkungen 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 Verhandelns .....	92
b) Vertragsverhandlungen in der Praxis .....	95
c) Begründung des Gesetzentwurfs .....	99
3. Aushandelnsprozess .....	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-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr durch die Rechtsprechung .....	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 Berücksichtigung von Gewohnheiten und Gebräuchen .....	245
III.	Korrektur der AGB-Kontrolle durch den „maßgeblichen“ unternehmerischen 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 Aushandelnobliegenheiten .....	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
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>349</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>359</b>



## **A. Anlass, Gegenstand und Aufbau der Untersuchung**

„Wie lange will sich Deutschland noch ein wirtschaftsfremdes AGB-Recht leisten?“ So beginnt Rolf Herber seinen jüngst veröffentlichten Aufruf an den Gesetzgeber und die Deutsche Gesellschaft für Transportrecht, praktikable und einfachere Regeln für den Handelsverkehr zu schaffen.<sup>1</sup> Eindringlich beschwört Herber den Gesetzgeber die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) endlich aufzugreifen und regt im gleichen Atemzug an, die Deutsche Gesellschaft für Transportrecht solle eine Initiative unternehmen und eine Reform des AGB-Rechts anregen und aktiv verfolgen.<sup>2</sup>

Was bringt Herber so in Rage? Wogegen kämpft er und was will er erreichen?

Grund für so viel Empörung ist das derzeitige AGB-Recht und insbesondere seine Ausgestaltung durch die Rechtsprechung. Dieses wird von Herber und etlichen anderen Autoren als völlig überzogene Gängelung der unternehmerisch en Vertragsfreiheit empfunden.<sup>3</sup> Ziel ist es, eine Gesetzesreform auf den Weg zu bringen, die frei ist von Bevormundung durch Theoretiker und Gerichte.<sup>4</sup> Das sind deutliche und unmissverständliche Worte. Sollten sie zutreffen, sollte der Gesetzgeber nicht lange zögern und das erkannte Problem angehen. Denn AGB spielen im Wirtschaftsleben eine sehr bedeutende Rolle. Gerade der unternehmerische Geschäftsverkehr ist ohne die Verwendung von AGB heutzutage gar nicht vorstellbar.

AGB werden im unternehmerischen Geschäftsverkehr nämlich in praktisch jeder Vertragsgestaltung verwendet. Dies betrifft den unternehmerischen Massenverkehr ebenso wie standardisierte Franchise- und Lieferverträge, komplizierte Verträge über Einzelprodukte wie Maschinen, Anlagen und komplexe technische Geräte oder Serienbelieferungsverträge mit langfristigen Lieferpflichten und erheblichem Auftragsvolumen. Zur Ausgestaltung all dieser Verträge wird in der Praxis in der Regel auf Musterverträge, Formularhandbücher oder elektronisch gespeicherte Textbausteine zurückgegriffen. Die Bestimmungen dieser Verträge sind daher nach ständiger Rechtsprechung keine Individualvereinbarungen. Stattdessen handelt es sich bei all diesen Verträgen um AGB. Die Verträge unterliegen damit der AGB-Kontrolle. Sollte Herber seine Kritik an der derzeitigen Rechtslage zutreffend erheben und wäre die Rechtslage tatsächlich untragbar, würde der größte Teil der im unternehmerischen Geschäftsverkehr vereinbarten Verträge einer sach-

---

<sup>1</sup> Herber, TranspR 2016, 1.

<sup>2</sup> Herber, TranspR 2016, 1 (2).

<sup>3</sup> Jahn, FAZ vom 27.01.2012.

<sup>4</sup> Herber, TranspR 2016, 1 (1).

widrigen Kontrolle unterworfen. Dies dürfte der Gesetzgeber nicht hinnehmen. Die Umsetzung einer Gesetzesreform wäre die einzig logische Schlussfolgerung.

Die Teilnehmer des Wirtschaftsverkehrs können auf die Verwendung von AGB, in der Form wie sie derzeit definiert werden, nicht verzichten. Ihre Verwendung bietet Organisations- und Kostenvorteile, die auf anderem Wege nicht erreicht werden könnten.<sup>5</sup> Diese sind insbesondere verbunden mit einer Rationalisierung der Vertragsgestaltung, einer Standardisierung der Inhalte und einer passgenauen Ergänzung des Gesetzesrechts. AGB vereinfachen deshalb den Rechts- und Geschäftsverkehr zwischen den Vertragsparteien. Sie führen insgesamt zu einer Reduzierung der Transaktionskosten und leisten so „einen Beitrag zur Herstellung optimaler Allokationseffizienz“.<sup>6</sup>

Auch der Gesetzgeber bewertet AGB positiv. Er sieht ihre Funktion darin, dass AGB im modernen Vertragsgeschehen insbesondere die „Abwicklung von Massenverträgen rationalisieren und vereinfachen, im Gesetz ungerichtete oder unzureichend geregelte Lebens- und Sachbereiche rechtlich klar ordnen, die Kalkulierbarkeit von Geschäftsrisiken erhöhen und die für Massengeschäfte maßgebenden Vertragsbestimmungen rasch an veränderte wirtschaftliche und technische Entwicklungen anpassen“ können.<sup>7</sup> Kann die Funktion der AGB durch die derzeitige AGB-Kontrolle nicht mehr gewährleistet werden oder widerspricht sie diesen sogar, sollte der Gesetzgeber die Rechtslage überdenken.

Die mit AGB verbundenen Rationalisierungseffekte seien nämlich notwendig, um den wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmer sicherzustellen.<sup>8</sup> Gerade die möglichst standardisierte Abwicklung von Geschäften ist eine der maßgebenden Voraussetzungen für eine effiziente wirtschaftliche Betätigung mit Skalierungseffekten.<sup>9</sup> In den letzten Jahrzehnten hat sich jedoch gezeigt, dass Klauselverwender durch Verwendung von AGB ihre Position zu Lasten ihrer Vertragspartner vorteilhaft zu gestalten versuchen. Bereits die Begründung zum AGB-Gesetz von 1977 stellte fest, dass AGB in der Rechtswirklichkeit von dem Bestreben der Klauselverwender geprägt werden, ihre eigene Rechtsposition zu Lasten des gegenseitigen Interessenausgleichs mit dem Vertragspartner zu stärken und die Rechtsposition ihres Vertragspartners durch Verlagerung von Geschäftsrisiken zu schwächen.<sup>10</sup> Diese Tendenz hat sich in den folgenden Jahren bestätigt. Hieraus haben sich zunächst die AGB-Rechtsprechung und später dann das in den §§ 305 bis 310 BGB kodifizierte AGB-Recht entwickelt.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> Vgl. MüKo BGB-*Basedow*, vor § 305, Rn. 2.

<sup>6</sup> *Stoffels*, Rn. 85; *Kötz*, JuS 2003, 209 (211).

<sup>7</sup> BT-Drs. 7/3919, S. 9.

<sup>8</sup> *Schmitt/Ulmer*, S. 45.

<sup>9</sup> Ähnlich *Schmitt/Ulmer*, S. 45.

<sup>10</sup> BT-Drs. 7/3919, S. 9.

<sup>11</sup> *Arnold*, ZGS 2004, 16 (18).

Angesichts des Bestrebens der Klauselverwender ihre Position zu Lasten der Vertragspartner zu stärken, ist eine inhaltliche Kontrolle von AGB grundsätzlich geboten. Dies gilt sowohl für den Geschäftsverkehr mit Verbrauchern, als auch für den unternehmerischen Geschäftsverkehr. Auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr können AGB nicht uneingeschränkt verwendet werden und sollte nicht hingenommen werden, dass der Klauselverwender seine Rechtsposition zu Lasten seines Geschäftspartners ausnutzt und diesen unangemessen benachteiligt. Allerdings besteht Einigkeit darüber, dass Unternehmer nicht in demselben Ausmaß Schutzbedürftig sind wie Verbraucher.<sup>12</sup> Von besonderer Bedeutung für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr ist deshalb § 310 Abs. 1 BGB, darin hat der Gesetzgeber eine Regelung speziell für Unternehmer getroffen. Diese erleichtert die Einbeziehung von AGB zwischen Unternehmern und schränkt die Intensität der Inhaltskontrolle, verglichen mit derjenigen zugunsten von Verbrauchern, ein. § 310 Abs. 1 BGB ist deshalb für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr die zentrale Norm. Sie ist zudem die einzige Norm, die eine Differenzierung bei der AGB-Kontrolle zwischen Unternehmern und Verbrauchern vornimmt. Dieser Umstand verstärkt noch die besondere Bedeutung des § 310 Abs. 1 BGB für den unternehmerischen Geschäftsverkehr. Sowohl hinsichtlich des Anwendungsbereichs der AGB-Kontrolle als auch hinsichtlich ihrer inhaltlichen Ausgestaltung, hat § 310 Abs. 1 BGB allerdings nicht zu einer wesentlich anderen Beurteilung durch die Rechtsprechung geführt. In beiden Fällen übernimmt die Rechtsprechung im Wesentlichen die für Verbraucher geltenden Grundsätze und wendet diese auch auf Unternehmer an.<sup>13</sup>

Zusätzlich gebietet § 310 Abs. 1 BGB bei der Inhaltskontrolle auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Damit öffnet § 310 Abs. 1 BGB die Tür zur Berücksichtigung spezieller Bedürfnisse und Besonderheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs. Dennoch hat die Rechtsprechung nur in einigen wenigen Ausnahmefällen Auswirkungen von geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen auf die Wirksamkeit von Vertragsbedingungen anerkannt.<sup>14</sup>

Viele Autoren sehen die richterliche AGB-Kontrolle deshalb als nicht angemessen an. Sie werde der Bedeutung und Vielgestaltigkeit der AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr und insbesondere seinen berechtigten Anliegen und Bedürfnissen nicht gerecht.<sup>15</sup> Nach Ansicht der Kritiker der ständigen Rechtsprechung sei es dringend geboten, insbesondere „den sachlichen Anwendungsbereich der AGB-Inhaltskontrolle für den unternehmerischen Geschäftsverkehr zu beschrän-

---

<sup>12</sup> BT-Drs. 7–3919, S: 43; BT-Drs. 14/6857, S. 17.

<sup>13</sup> BGHZ 90, 273 (278); BGHZ 103, 316 (328); BGH NJW-RR 2005, 247 (248); BGH NJW 2007, 3774 (Ls.).

<sup>14</sup> Siehe hierzu E. II. 2.

<sup>15</sup> *Brachert/Dietzel*, ZGS 2005, 441 (441); *Berger/Kleine*, BB 2007, 2137 (2137); *DAV*, AnwBl 2012, 402 (403).