

## AGB-Recht zwischen Unternehmen mit Fokus auf großvolumige Verträge – Teil 1/6: AGB-Paradoxon, digitale Transformation und Schutzzweck

Dr. Jochen Brandhoff | Partner, BRANDHOFF OBERMÜLLER PARTNER – bei Fragen zum Beitrag: [Jochen.Brandhoff@BOP.legal](mailto:Jochen.Brandhoff@BOP.legal)

23. September 2021

LRZ 2021, Rn. 218 bis 259 (insg. 41 Randnummern)

29.127 Zeichen ohne Leerzeichen

---

Dies ist der 1. Teil des 6-teiligen Beitrags „AGB-Recht zwischen Unternehmen mit Fokus auf großvolumige Verträge“.

### I. Einleitung

Was haben der großvolumige Unternehmenskaufvertrag, den die Vorstände und 218 Anwälte<sup>1</sup> der Parteien umfassend verhandelt haben, und der unentgeltliche Nutzungsvertrag mit Facebook, dessen Abschluss der Nutzer oft nicht einmal wahrnimmt, gemeinsam? Beide bestehen ganz oder ganz überwiegend aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 305 BGB.<sup>2</sup> Beide unterliegen damit der –

---

<sup>1</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung weiblicher und männlicher Sprachformen verzichtet und das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

<sup>2</sup> BGH II ZR 413/18 = NZG 2019, 703, Rn. 11 und BGH VIII ZR 343/09 = NJW 2011, 1215 Rn. 13 ff. gehen ohne weiteres von der Anwendbarkeit der AGB-Rechts auf Anteilskaufverträge aus; die Anwendbarkeit auf Unternehmenskaufverträge (asset deal und share deal) und viele andere M&A-Verträge entspricht der ganz h. M.: *Basedow* in: MüKo-BGB, § 310, Rn. 89; *Leuschner* in: Leuschner,

auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr – scharfen Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB. Das hat zur Folge, dass die im Haftungsregime von M&A-Verträgen üblichen Haftungsbeschränkungen (und andere zentrale Vertragsregelungen) auf Grundlage der ständigen Rechtsprechung des BGH zu § 307 Abs. 2 BGB unwirksam sind<sup>3</sup> und der AGB-Verwender nach § 249 BGB unbeschränkt haftet.<sup>4</sup>

## 1. Das AGB-Paradoxon

Der Unterschied zwischen den beiden Verträgen ist, dass dies beim Facebook- 219  
Nutzungsvertrag allgemein bekannt ist, wogegen die Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf intensiv verhandelte Unternehmenskaufverträge – und auf alle anderen zwischen Unternehmen geschlossene Verträge wie zum Beispiel den Softwareentwicklungsvertrag, IT-Outsourcing-Vertrag, Liefervertrag, Bauvertrag und den Maschinen- und Anlagenbauvertrag<sup>5</sup> selbst bei erfahrenen Kautelarjuristen regelmäßig auf Unglauben stößt. Dabei entspricht das seit Jahrzehnten der ständigen Rechtsprechung des BGH.<sup>6</sup>

---

AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, § 310, Rn. 119 ff.; Pfeiffer in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 310 Abs. 4, Rn. 14; Piekenbrock in: Staudinger, § 310, Rn. 154; Richters/Friesen in: BeckOGK-BGB, § 310, Rn. 191; Ulmer/Schäfer in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 310 BGB, Rn. 123; vgl. auch Rn. 10; Rechtsprechung dazu existiert kaum, da M&A-Streitigkeiten i.d.R. vor Schiedsgerichten ausgetragen werden.

<sup>3</sup> Der Verwender darf lediglich die Haftung für die Verletzung *nicht wesentlicher* Vertragspflichten bei *leichter* Fahrlässigkeit ausschließen. Zusätzlich darf er die Haftung für die Verletzung *wesentlicher* Vertragspflichten bei *leichter* Fahrlässigkeit auf den *vertragstypischen, vorhersehbaren Schaden* beschränken. Die Haftung für *Körper- und Gesundheitsschäden* sollte er in beiden Fällen von der Freizeichnung ausnehmen. In In beiden Fällen muss er allerdings die Haftung für Körper- und Gesundheitsschäden davon ausnehmen. In der M&A-Praxis werden diese BGH-Grundsätze nach der Erfahrung des Autors nicht beachtet; → 4. Teil dieses Beitrags mit zahlreichen Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH.

<sup>4</sup> zur Unwirksamkeit von Haftungsbeschränkungen → 4. Teil dieses Beitrags.

<sup>5</sup> Eine Ausnahme im B2B-Bereich sieht § 310 Abs. 4 BGB nur für Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts vor, was der BGH eng auslegt.

<sup>6</sup> Zur Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen → 2. Teil dieses Beitrags; zum Aushandeln → 3. Teil dieses Beitrags; zur Unwirksamkeit von Haftungsbeschränkungen → 4. Teil dieses Beitrags.

Es ist paradox. Die ausufernde Anwendung des AGB-Rechts durch den BGH steht im 220  
krassen Widerspruch zum (vermeintlichen) Axiom der Vertragsfreiheit, das immer noch  
fest in den Köpfen der Juristen verwurzelt ist.<sup>7</sup> Noch nie hat sich die höchstrichterliche  
Rechtsprechung in einem ganzen Rechtsgebiet so weit vom Rechtsbewusstsein der  
Rechtsanwender entfernt. Selbst in verbreiteten Formularbüchern fehlt oft der Hinweis,  
dass die Vertragsmuster der AGB-Kontrolle unterliegen, obwohl das die Unwirksamkeit  
zahlreicher der empfohlenen Klauseln zur Folge hat. Dabei wird eine  
Vertragsbestimmung nach ständiger BGH-Rechtsprechung schon dadurch zur  
Allgemeinen Geschäftsbedingung, dass sie einem Formularbuch entnommen wurde.<sup>8</sup>

Unternehmen und Juristen verkennen sowohl die Weite des Anwendungsbereichs als 221  
auch die Schärfe des Kontrollmaßstabs im B2B-Bereich grundlegend.<sup>9</sup>

## **2. Das Aussterben der wirksamen Vertragsbestimmung**

Um eine weit verbreitete Fehlvorstellung auszuräumen: Für ein Aushandeln nach § 305 222  
Abs. 1 S. 3 BGB reicht es nach ständiger Rechtsprechung des BGH (erstaunlicherweise)  
nicht aus, Bestimmung für Bestimmung des Vertrags auf Augenhöhe zu verhandeln.<sup>10</sup>  
Es genügt nicht einmal, dass der Vertragspartner die Regelung akzeptiert, wie das beim  
eigenständigen Haftungsregime von Unternehmenskaufverträgen üblich ist. Das gilt

---

<sup>7</sup> → 5. Teil dieses Beitrags.

<sup>8</sup> → 2. Teil dieses Beitrags mit zahlreichen Nachweisen zu Rechtsprechung des BGH.

<sup>9</sup> *Leuschner*, Die Kontrollstrenge des AGB-Rechts – Empirische Belege für eine systematische Fehleinschätzung in der unternehmerischen Praxis, NJW 2016, 1222 ff.; ders., AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen – Forschungsprojekt im Auftrag des BMJV, S. 168 ff.; ders. in: *Leuschner*, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Einl. Rn. 40 ff.; *Schmitt*, Praxishandbuch Gestaltung von Wirtschaftsverträgen, 2015, S. 34 ff.; *Brandhoff*, Abschied vom Individualvertrag? Gegen die Überdehnung des AGB-Rechts zu einer allgemeinen Grenze der Vertragsfreiheit, 2011, S. 1.

<sup>10</sup> → 3. Teil dieses Beitrags mit zahlreichen Nachweisen zur ständigen Rechtsprechung des BGH.

auch für komplexe Verträge mit sehr hohem Wert – der BGH hat einige seiner Rechtsprechungsgrundsätze gerade an ihrem Fall entwickelt.<sup>11</sup>

Auf Grund der trotz § 310 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB vom BGH entwickelten 223  
Rechtsprechung zur Indizwirkung der §§ 308 oder 309 BGB – erfüllt eine  
Vertragsbestimmung eines der Klauselverbote, ist das ein Indiz dafür, dass sie auch in  
Verträgen zwischen Unternehmen gemäß § 307 Abs. 1 und 2 BGB unwirksam ist – ist  
die Inhaltskontrolle des § 307 BGB auch im unternehmerischen Rechtsverkehr streng.  
Nicht nur Haftungsausschlüsse und Haftungsbeschränkungen auf einen bestimmten  
Prozentsatz des Entgelts oder auf eine feste Summe sind stets unwirksam, auch viele  
andere im B2B-Bereich übliche Vertragsregelungen wie zum Beispiel  
Gewährleistungsausschlüsse und bestimmte sonstige Einschränkungen der  
Mängelansprüche, verschuldensunabhängiger Schadensersatz, Vertragsstrafen und  
Schadenspauschalen, Rücktrittsklauseln und Verjährungsregelungen verstoßen oft  
gegen § 310 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 307 Abs. 1 oder 2 BGB und sind unwirksam.<sup>12</sup>

Die Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmen in Deutschland fußen auf zahllosen 224  
unwirksamen Vertragsbestimmungen.

### **3. Das AGB-Recht in der digitalen Transformation**

Die digitale Transformation der Wirtschaft hat die Risiken, denen die 225  
Unternehmenspraxis durch das AGB-Recht ausgesetzt ist, weiter vergrößert.

Der BGH verbindet eine sehr weite Auslegung des AGB-Begriffs mit einer strengen, eng 226  
am Maßstab des dispositiven Rechts orientierten Wirksamkeitskontrolle. Dadurch

---

<sup>11</sup> Vgl. etwa BGH VII ZR 92/14 = NJW 2015, 1952; BGH VII ZR 248/13 = NJW 2014, 1725, 1727; BGH VII ZR 53/03 = NJW 2004, 502; BGH VII ZR 318/95 = NJW 1997, 135.

<sup>12</sup> → 4. Teil dieses Beitrags mit zahlreichen Nachweisen zur ständigen Rechtsprechung des BGH.

übernimmt das dispositive Recht immer stärker die Funktion des zwingenden Rechts, die materielle Vertragsfreiheit zu begrenzen.<sup>13</sup>

Bietet das so in seiner Bedeutung aufgewertete dispositive Recht einen geeigneten 227 Rechtsrahmen für die neuen, datengetriebenen Geschäftsmodelle der Wirtschaft 4.0? Zweifel sind angebracht. Bei Cloud-Computing-Diensten zum Beispiel kann es im B2B-Bereich manchmal sinnvoll sein, dem Nutzer in den AGB weiterreichende Mitwirkungspflichten – etwa die Erstellung von Sicherungskopien der Daten, die er auf die Server des Hosting-Anbieters überträgt – aufzugeben, als die Rechtsprechung zur Gefährdung des Vertragszwecks gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB das derzeit zulässt. Neue Geschäftsmodelle der Plattformökonomie und der Sharing Economy, die Digitalisierung von Geschäftsprozessen und der Einzug künstlicher Intelligenz, um nur einige Beispiele zu nennen, lassen neue Regelungsbedürfnisse und Vertragstypen entstehen. Je stärker diese von den gesetzlich geregelten Vertragstypen abweichen, umso eher könnte sich das Korsett des dispositiven Rechts, das der BGH Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufzwängt, als zu starr erweisen.

Die zunehmende Automatisierung juristischen Arbeitens (Legal Tech), insbesondere IT- 228 gestütztes Vertragsmanagement, hat ebenfalls Auswirkungen auf das AGB-Recht. Haben Rechtsabteilungen noch vor wenigen Jahrzehnten Verträge erstellt, indem sie auf verschiedene lokale Festplatten und in physischen Ordnern aufbewahrte Vorlagen verglichen haben, wird der sog. Lebenszyklus eines Vertrags heute immer weiter digital abgebildet. Das bedeutet, dass Verträge automatisiert erstellt, verwaltet, in zentralen Datenbanken gesammelt und im Rahmen des Knowledge Managements anderen Juristen zugänglich gemacht werden. Das führt dazu, dass Vertragsbestimmungen im unternehmerischen Rechtsverkehr eigentlich immer die Merkmale der Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen erfüllen, so wie der BGH sie auslegt.

---

<sup>13</sup> → 3. Teil dieses Aufsatzes.

---

Das Bedürfnis des AGB-Verwenders nach einer einheitlichen Vertragsgestaltung ist in 229  
vielen Bereichen der Industrie 4.0 größer denn je. Der Anbieter einer *IIoT*-Plattform –  
einer Internet-of-Things-Plattform für industrielle Anwendungen – hat zum Beispiel ein  
besonderes Interesse daran, dass alle Nutzungsverträge übereinstimmen.  
Digitalisierung bedeutet immer auch Standardisierung. Die digitale Transformation  
führt daher zu immer häufigeren *Take-it-or-leave-it*-Situationen. Solange der BGH an  
seiner Rechtsprechung zum Aushandeln festhält, sind die Anforderungen an eine  
Individualvereinbarung – früher der Normalfall eines Vertrags – deshalb unerreichbarer  
denn je.

Das AGB-Recht der Zukunft sieht vielleicht ganz anders aus. Werden Algorithmen, Big- 230  
Data-Anwendungen oder gar automatisierte Verhandlungen durch Software-Agenten in  
der Lage sein, AGB so auszuwerten, dass die AGB-typischen Transaktionskosten und  
Informationsasymmetrien verschwinden? Oder trifft das Gegenteil ein und werden –  
parallel zum *Dynamic Pricing* – individualisierte AGB zur Verwendung kommen, die den  
Prüfungsaufwand weiter erhöhen? Vieles ist noch nicht absehbar.

#### **4. Chancen und Risiken**

Die Fehleinschätzung der Reichweite und Strenge des AGB-Rechts im B2B-Bereich birgt 231  
unkalkulierbare Risiken. Viele Unternehmen vernachlässigen eigentlich leicht zu  
treffende Vorkehrungen zur Schadensvorbeugung, weil sie an die Wirksamkeit z. B.  
einer Haftungsbegrenzung oder einer Vertragsstrafe glauben. Oder sie nehmen eine  
nachteilige Vertragsbestimmung hin und zahlen z. B. eine Schadenspauschale oder  
Vertragsstrafe, obwohl diese gar nicht wirksam vereinbart worden ist. Das fehlende  
Bewusstsein für das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen führt auch im  
Risikomanagement und in der Bilanzierung zu starker Unsicherheit. Wie sollen  
Unternehmen z. B. mit der Rückstellungspflicht des § 249 Abs. 1 HGB umgehen, wenn  
die Vertragsklausel, auf der die ungewissen Verbindlichkeiten (oder der

Schadensersatzanspruch) beruhen, der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nicht standhält?

Das AGB-Recht bietet andererseits auch unzählige Chancen. Sind die Vertragsstrafe oder die Schadenspauschale unwirksam, kann dies Unternehmen vor möglicherweise existenzgefährdenden Strafzahlungen bewahren. Sind die Gewährleistung- oder die Haftungsklausel unwirksam, kann das geschädigte Unternehmen die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche geltend machen oder den vollen Schadensersatz beanspruchen. Das AGB-Recht gibt Unternehmen ein ungeheuer scharfes Schwert gegen unbilliges Verhalten des Vertragspartners in die Hand. 232

Die wirtschaftsberatende Rechtspraxis, vor allem den (Syndikus)Rechtsanwalt und den Notar, stellt das AGB-Recht im B2B-Bereich vor manchmal schwer zu überwindende Schwierigkeiten. Die Rechtsberater sind verpflichtet, ihre Mandanten bzw. Arbeitgeber auf die (mögliche) Unwirksamkeit einer Vertragsbestimmung hinzuweisen. Was geschieht aber, wenn sie das z. B. bei einer unwirksamen Haftungsfreistellung versäumen und der Mandant deshalb nicht den entstandenen Schaden in voller Höhe geltend macht? Oder: Müssen Unternehmen rechtsgrundlos gezahlte Vertragsstrafen zurückverlangen? Was, wenn der Notar eine unwirksame Haftungsbegrenzung beurkundet? Das AGB-Recht wirft so, wie der BGH es anwendet, zahlreiche Fragen auf. 233

## **5. Überblick über den Beitrag**

In der wirtschaftsrechtlichen Beratung kommt man ohne vertiefte Kenntnisse des AGB-Rechts seit Langem nicht mehr aus. Dieser Beitrag zeigt, wie Unternehmen zeitgemäß mit dem AGB-Recht im B2B-Bereich umgehen. 234

Kernstück ist eine kritische Bestandsaufnahme der Rechtsprechung des BGH zum Anwendungsbereich des AGB-Rechts. Nur wer weiß, wann AGB vorliegen, kann sich vor den Gefahren des AGB-Rechts schützen und seine Vorteile nutzen. Der vorliegende Teil 235

des Aufsatzes enthält neben dieser Einleitung eine Untersuchung des Schutzzwecks des AGB-Rechts. Der 2. Teil dieses Beitrags befasst sich mit den Merkmalen der Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen (Veröffentlichung im November 2021<sup>14</sup>). Der 3. Teil setzt sich mit dem Aushandeln und dem Stellen der Vertragsbedingungen auseinander (Veröffentlichung im Januar 2022). Im 4. Teil wird der Maßstab der Inhaltskontrolle unter anderem am Beispiel von Haftungsbeschränkungen dargestellt (Veröffentlichung im April 2022). Im 5. Teil wird geprüft, ob und wie man dem Anwendungsbereich des AGB-Rechts entgehen kann (Veröffentlichung im September 2022). Der abschließende 6. Teil gibt Handlungsempfehlungen im Umgang mit dem AGB-Recht im unternehmerischen Geschäftsverkehr (Veröffentlichung im November 2022).

## II. Der Schutzzweck des AGB-Rechts

Wer das Vergnügen haben möchte, das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 236 von Grund auf zu verstehen, muss ein wenig Mühe auf sich nehmen. Denn ein stimmiges Gesamtkonzept, welches das kaleidoskopische Meinungsspektrum<sup>15</sup> zum Schutzzweck des AGB-Rechts zusammenführt und den derzeitigen AGB-Begriff zu begründen vermag, besteht bislang nicht. Die Bestimmung des Schutzzwecks der §§ 305 ff. BGB ist aber unentbehrlich, um den AGB-Begriff, also den Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle, zutreffend bestimmen und die Rechtsprechung bewerten zu können.

§ 305 BGB knüpft den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle nicht an einen 237 ungerechten Vertragsinhalt an, sondern an eine bestimmte Situation beim Vertragsschluss: Eine Vertragspartei schlägt der anderen die Verwendung ihrer für viele

---

<sup>14</sup> Bei Veröffentlichung der weiteren Beitragsteile wird der jeweils geplante Veröffentlichungszeitraum mit dem Datum der tatsächlichen Veröffentlichung ersetzt.

<sup>15</sup> *Basedow* in: MüKo-BGB, Vor § 305, Rn. 4 ff.; *Leuschner* in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Einl., Rn. 9 ff.; *Pfeiffer* in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Einl., Rn. 15 ff.; *Ulmer/Habersack* in: Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rn. 47 ff.; ausführlich *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 467 ff..

Geschäftsabschlüsse erstellten Vertragsbedingungen vor und die andere Partei akzeptiert die Vertragsbedingungen, ohne dass sie im Einzelnen ausgehandelt werden. Die Störung des Ausgleichsmechanismus von Verträgen muss also in der Besonderheit dieser Verhandlungssituation zu finden sein.

### **1. Kein Schutz vor wirtschaftlicher oder sonstiger persönlicher Übermacht**

Ist die Durchsetzung seiner AGB ein typisches Zeichen dafür, dass der Verwender im Verhältnis zur anderen Vertragspartei wirtschaftlich, intellektuell oder sonst wie persönlich<sup>16</sup> überlegen ist? 238

#### **a) Zeichen für wirtschaftliche oder sonstige persönliche Übermacht**

Teile der Literatur bejahen das und sehen den Schutz vor der wirtschaftlichen, intellektuellen oder einer sonst wie in deren Person liegenden Überlegenheit des Verwenders als Gesetzeszweck des AGB-Rechts an.<sup>17</sup> Auch der BGH interpretiert den Schutzzweck zumindest zum Teil<sup>18</sup> in diesem Sinne, wenn er das „starke Übergewicht“<sup>19</sup> des Verwenders und das Fehlen eines „annähernden Kräftegleichgewicht[s]“<sup>20</sup> als Gründe für das Eingreifen der Inhaltskontrolle versteht und das Recht der AGB als eine der gesetzlichen Vorschriften betrachtet, „die sozialem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht entgegenwirken“<sup>21</sup>. Das AGB-Recht bezwecke „nicht nur einen Schutz des schwächeren Vertragspartners und einen Ausgleich wirtschaftlichen Machtgefälles“, sondern wolle „die einseitige Ausnutzung der vom Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Anspruch genommenen Vertragsgestaltungsfreiheit 239

---

<sup>16</sup> Zum Beispiel aufgrund seiner beherrschenden Marktstellung.

<sup>17</sup> *Bastian/Böhm*, Schutz der Kaufleute vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB 1974, S. 110, 111; *Damm*, Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem, JZ 1978, S. 173 ff., 178; *Köhler*, BGB AT, § 16, Rn. 1 f..

<sup>18</sup> Zum Hauptzweck s. Rn. 27 ff..

<sup>19</sup> BGH VII ZR 248/13 = NJW 2014, 1725, Rn. 31.

<sup>20</sup> Ebd.

<sup>21</sup> Ebd.

verhindern“<sup>22</sup>. Das fasst das höchstrichterliche Schutzkonzept gut zusammen; die wirtschaftliche Übermacht klingt auch dort als ein (weiterer) Kontrollgrund an.

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass das AGB-Gesetz vor allem dem Verbraucherschutz dienen sollte, wozu auch der Schutz des Verbrauchers vor der wirtschaftlichen Übermacht des kaufmännischen Verwenders gehörte.<sup>23</sup> Der Gesetzgeber hat allerdings mehrere Schutzzwecke nebeneinander verfolgt und dem Schutz vor wirtschaftlicher Übermacht nicht den Vorzug vor den anderen Schutzaspekten gegeben.<sup>24</sup> 240

### **b) Kein Zeichen für wirtschaftliche oder sonstige persönliche Übermacht**

Die besondere Abschlussituation des § 305 BGB kann in der Tat ein Zeichen für persönliche Übermacht des Verwenders sein – ein überzeugendes Zeichen dafür ist sie aber nicht. Gerade in Zeiten von Legal Tech und IT-gestütztem Vertragsmanagement werden so gut wie alle Verträge im unternehmerischen Rechtsverkehr aus gespeicherten Vorlagen zusammengestellt und nicht ad hoc erarbeitet. Oft erstellt die Partei, welche die Sachleistung schuldet, den Vertragsentwurf, weil sie die höhere Sachkompetenz besitzt. In einem wirtschaftlichen Umfeld des Überangebots und des Verdrängungswettbewerbs ist der Sachleistungsschuldner aber meistens gerade nicht wirtschaftlich oder sonst wie übermächtig im Verhältnis zur Käuferseite. Ist die wachsende Zahl etwa von IT-Security-Anbietern und sind die immer zahlreicheren Anbieter von Smart Services und Smart Products oder die vielen anderen Automatisierungsanbieter wirtschaftlich übermächtig, nur weil sie oft die Allgemeinen Geschäftsbedingungen stellen? Einige ja, viele aber nicht – ihre Industriekunden sind oft stärker und haben die größere Marktmacht. 241

---

<sup>22</sup> BGH VII ZR 19/12 = NZBau 2014, 47, Rn. 27.

<sup>23</sup> BT-Drucks. 7/3919, S. 17 f., 60.

<sup>24</sup> BT-Drucks. 7/3919, S. 9 ff.

Selbst in den Fällen, in denen der Verwender übermächtig im Verhältnis zur Mehrzahl 242 seiner Kunden ist, wie das zum Beispiel bei einem Marktplatz- oder einem anderen Plattformanbieter sein kann, ist nicht die wirtschaftliche Übermacht an sich der Grund für das Eingreifen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle. Die Nutzer- bzw. Käufer können meistens ausweichen, indem sie das Geschäft mit einem anderen Anbieter abschließen. Die starke Marktstellung des Verwenders wird regelmäßig durch den Wettbewerb kompensiert.<sup>25</sup> Auch Vertragsabschlussfreiheit gewährleistet Vertragsfreiheit.<sup>26</sup> Wer das anders sieht und etwa Amazon im Auge hat, der möge bedenken, dass es zahlreiche andere Online-Händler gibt, die beispielsweise ein umfassendes Komplettsortiment an Büroartikeln anbieten. Hat der Verwender aber tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung, ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als zentrale Norm des Kartellrechts gefordert und nicht das AGB-Recht.

Die Verwendung eines AGB-Vertrags ist also nicht typisch für persönliche Übermacht. 243 Der Schutz davor rechtfertigt die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle demnach nicht. Der Schutz vor den nachteiligen Folgen personenbezogener Überlegenheit ist § 138 BGB vorzubehalten.

## 2. Kein Schutz vor Übermacht der Vertragsgestaltung

Der BGH sieht den Hauptzweck der Inhaltskontrolle von AGB in der einseitigen 244 Inanspruchnahme von Gestaltungsmacht durch den Verwender; d. h. in der einseitigen Ausnutzung des Rechts, den Vertragsinhalt zu gestalten.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Grundlegend *Wolf*, — Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 105 f..

<sup>26</sup> *Leuschner*, Gebotenheit und Grenzen des AGB-Kontrolle, AcP 207 (2007), 491, 498; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 82; a.A. *von Westphalen*, Wider einen Reformbedarf beim AGB-Recht im Unternehmensverkehr, NJW 2009, 2977, 2981.

<sup>27</sup> Vgl. BGH VII ZR 248/13 = NJW 2014, 1725, Rn. 29; VII ZR 19/12 = NZBau 2014, 47, Rn. 27; X ZR 135/95 = NJW 1998, 1066, 1068; IV ZR 229/74 = NJW 1976, 2345, 2346.

Der Bundesgerichtshof beantwortet jedoch nicht die entscheidende Frage, warum sich 245 der Kunde beim Vertragsschluss unter Einbeziehung von AGB die Vertragsgestaltungsfreiheit aus der Hand nehmen lässt und dies eine schutzbedürftige Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit darstellt.<sup>28</sup> Die BGH-Formel der einseitigen Inanspruchnahme von Vertragsgestaltungsfreiheit bezeichnet lediglich das Ergebnis, nicht aber die Gründe für die AGB-typische Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit. Ihr fehlt der dogmatische Unterbau. Die einseitige Ausgestaltung eines Vertrages durch die eine Partei ist für sich genommen keine Besonderheit des AGB-Rechts, man findet sie im gesamten Vertragsrecht. Die Formel der fehlenden Gestaltungsmöglichkeiten ist daher ungeeignet, den Gesetzeszweck des AGB-Rechts zu erklären. Die Unschärfe dieses Ansatzes erklärt auch, warum der vom BGH entwickelte Anwendungsbereich des AGB-Rechts recht konturenlos und überdehnt ist.<sup>29</sup> Soweit der BGH sich mit dem Gesetzeszweck vereinzelt weitergehend auseinandergesetzt hat und den Grund für die einseitige Inanspruchnahme des Vertragsgestaltungsrechts in der wirtschaftlichen Überlegenheit des Verwenders gesehen hat,<sup>30</sup> wurde dazu bereits im vorhergegangenen Abschnitt Stellung genommen. Soweit der BGH dafür den für den Geschäftspartner oft unübersichtlichen oder überraschenden Inhalt der AGB verantwortlich macht,<sup>31</sup> ist dies Gegenstand des nächsten Abschnitts.

### 3. Schutz vor den Nachteilen knapper Verhandlungsmitteln

Die Inhaltskontrolle der §§ 305c ff. BGB hängt von besonderen Umständen bei 246 Vertragsabschluss ab,<sup>32</sup> so wie das auch beim Recht der Haustürgeschäfte gem. §§ 312, 312a BGB und der Fernabsatzverträge gem. §§ 312b bis 312d BGB der Fall ist. In den

---

<sup>28</sup> So auch Lieb, AcP 178 (1978), S. 196, 201.

<sup>29</sup> → 2., 3., und 4. Teil dieses Beitrags.

<sup>30</sup> BGH VII ZR 19/12 = NZBau 2014, 47, Rn. 27.

<sup>31</sup> BGH IV ZR 197/75 = NJW 1977, 624, 625.

<sup>32</sup> Siehe auch *Wackerbarth*, Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, AcP 200 (2000), S. 45, 51 ff..

Besonderheiten dieser Vertragsabschlussituation ist der Schutzzweck des AGB-Rechts zu suchen.

Der Verwender nutzt ein Klauselwerk in der Regel für zahlreiche Geschäftsabschlüsse, 247  
sein Vertragspartner nur für einen. Der Verwender kann den Aufwand, den er für den  
Vertragsschluss betreibt, daher anders als dieser auf viele Geschäfte verteilen. Ein  
Anbieter von Sharing-Diensten kann den Rahmennutzungsvertrag zum Beispiel  
tausendfach verwenden, wenn er so viele Kunden hat, wohingegen sein Kunde nur  
einmal mit ihm konfrontiert ist. Die Mittel, die eine Vertragspartei für den  
Vertragsschluss aufwenden kann, etwa die eigene Zeit oder das Geld für eine  
Rechtsberatung – sie werden hier als „Verhandlungsmittel“ bezeichnet – sind eine  
knappe Ressource. Für den Verwender lohnt es sich, weitaus mehr Verhandlungsmittel  
in die Ausarbeitung der AGB zu investieren als für den Verwendungsgegner in die  
Prüfung und ggf. Abwehr unausgewogener Klauseln.<sup>33</sup> Diese Diskrepanz wird noch  
dadurch verstärkt, dass der Verwender oft eine höhere Fachkunde als die andere  
Vertragspartei besitzt. Das führt dazu, dass der Verwender auf seine Interessen  
zugeschnittenen Allgemeine Geschäftsbedingungen aufstellt, sein Vertragspartner das  
Bedingungsnetzwerk in den meisten Fällen dagegen nicht einmal liest.

Besteht der Zweck des AGB-Rechts darin, den Verwendungsgegner vor den nachteiligen 248  
Folgen knapper Verhandlungsmittel schützen? Dieser Frage wird im Folgenden  
nachgegangen, indem untersucht wird, warum der Verwendungsgegner Allgemeine  
Geschäftsbedingungen meistens ungeprüft hinnimmt.

#### **a) Die ungeprüfte Annahme von AGB als rationale Entscheidung?**

Die ökonomische Theorie des Rechts untersucht Gesetze mit dem Instrumentarium der 249  
Wirtschaftswissenschaften darauf, ob sie effiziente Ergebnisse erbringen.<sup>34</sup> Sie geht

---

<sup>33</sup> Basedow in: MüKo-BGB, Vor § 305, Rn. 5.

<sup>34</sup> Soll Recht effizient sein? Dazu Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, S. 7.

davon aus, dass sich Individuen bei Entscheidungen rational verhalten und die Alternativen bewusst evaluieren.<sup>35</sup> Bei jeder Transaktion entstehen Transaktionskosten – beim Vertragsschluss etwa die Kosten für die Vertragsgestaltung, Vertragsprüfung und -verhandlung. Stehen die Transaktionskosten in keinem angemessenen Verhältnis zum Nutzen des Vertragsschlusses, wendet die betroffene Partei diese nicht auf und die Transaktion kommt nicht zustande. Im Falle Allgemeiner Geschäftsbedingungen jedoch kommt der Verwendungsgegner bei der Kosten-Nutzen-Analyse im Regelfall zum Schluss, dass der Vertragsabschluss ohne Prüfung der AGB einen höheren Nutzen bringt als der Nichtabschluss. Die Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts sind der Auffassung, dass der Verwendungsgegner die bewusste und rationale Entscheidung trifft, die AGB nicht zu prüfen („es lohnt sich nicht, die AGB zu lesen“).<sup>36</sup> Anders ist das nur, wenn aufgrund der besonderen Bedeutung des Vertrages zu erwarten ist, dass die Vorteile einer Vertragsprüfung überwiegen.

In der Tat: Bei den meisten Verträgen im B2B-Bereich, etwa wenn das Unternehmen seinen Bedarf an Büroartikeln deckt oder ein Update der Antivirus-Software lädt, wäre es nicht gut beraten, die einzelnen Vertragsbestimmungen zu untersuchen. Die meisten AGB treffen Regelungen für Eventualfälle, deren Eintritt nicht wahrscheinlich ist. Die für eine Prüfung des Klauselwerks erforderlichen Verhandlungsmittel stehen im Regelfall des Vertrages ohne besondere Bedeutung in keinem angemessenen Verhältnis zu dem Nutzen, eventuell darin verborgene Risiken zu vermeiden. 250

Nach der ÖAR ist der Vertragspartner des Verwenders also schutzbedürftig, weil er die Informationsasymmetrie, die zwischen ihm und dem Verwender besteht, nicht mit 251

---

<sup>35</sup> Grundlegend dazu *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2020.

<sup>36</sup> ausführlicher *Adams*, Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes, BB 1989, S. 781, 783 ff.; *Kötz*, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, S. 209; *Unberath/Cziupka*, Dispositives Recht welchen Inhalts? Antworten der ökonomischen Analyse des Rechts; AcP 209 (2009), S. 37 ff..

vernünftigem Aufwand ausgleichen kann und daher rational handelt, wenn er AGB nicht liest.<sup>37</sup>

Ist die Entscheidung, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ungeprüft anzunehmen, aber wirklich rational? 252

### **b) Die ungeprüfte Annahme von AGB als Folge eines Wahrnehmungsdefizits**

Die verhaltenswissenschaftliche Forschung hat ergeben, dass der Mensch nur imstande ist, eine begrenzte Anzahl an Informationen wahrzunehmen und zu bewerten.<sup>38</sup> Der Verwendungsgegner ist aufgrund dieses Wahrnehmungs- und Verarbeitungsdefizits nicht in der Lage, alle für die Abschlussentscheidung relevanten Informationen in seine Kosten-Nutzen-Analyse einzustellen. Außerdem neigen Menschen dazu, die Eintrittswahrscheinlichkeit von Risiken wie Leistungsstörungen zu unterschätzen.<sup>39</sup> Das führt dazu, dass der Vertragspartner des Verwenders meist nur den Preis und die Produktbeschreibung in seine Abschlussentscheidung einfließen lässt und ihn das Lesen, Prüfen und Verhandeln der AGB überfordert oder er dies für entbehrlich hält. 253

Die Annahmen der Verhaltenswissenschaften dürften in der Rechtswirklichkeit eher zutreffen als die Prämisse der vollständigen Rationalität.<sup>40</sup> Der Hauptgrund dafür, dass der Vertragspartner Allgemeine Geschäftsbedingungen meist ungeprüft annimmt, ist seine beschränkte Fähigkeit zur Informationswahrnehmung und Informationsverarbeitung. Sie hat zur Folge, dass er über zu wenige Verhandlungsmittel 254

---

<sup>37</sup> Adams, (Fn. 36), S. 783; Wackerbarth, (Fn. 31), 78 f.; a.A. Fastrich, (Fn. 28), S. 272.

<sup>38</sup> Haar, Verbraucherschutz durch Informationsregeln beim Verbrauchsgüterkauf, VuR 2004, S. 161, 164 ff. mit Hinweisen insb. auf die englischsprachige Literatur; Mülbart/Leuschner, Die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 14 GG und Art. 2 Abs. 1 GG für die Gesellschafterstellung – wo bleibt die Privatautonomie?, ZHR 170 (2006), S. 615, 649 ff.; Wackerbarth, (Fn. 31), S. 78 ff..

<sup>39</sup> Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 341.

<sup>40</sup> Dafür spricht auch, dass bei der Frage, ob eine ungeprüfte Annahme der gestellten AGB rational ist, so getan werden muss, als ob die AGB-Kontrolle gar nicht existierte, und ohne AGB-Kontrolle im Rücken der Nutzen einer Prüfung der AGB wesentlich höher ist – zum Ganzen Leuschner in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Einl. Rn. 21 f., 28.

für die Lektüre und Prüfung der AGB verfügt. Das ist auch der Grund dafür, dass der Wettbewerb nicht zu angemessenen AGB führt: Weil der Vertragspartner Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht liest, hat der Verwender keinen Anreiz, ausgewogene Vertragsregelungen zu stellen, da dies vom Markt nicht honoriert wird. Die Verwendung von AGB führt daher zu einem Marktversagen.<sup>41</sup>

Man kann demnach sagen, dass das Ignorieren von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Natur des Menschen liegt. Der Verwender soll davon nicht profitieren, denn das Verhalten seines Vertragspartners ist nicht nachlässig und ihm daher nicht vorwerfbar. Der Schutzzweck des Rechts der AGB besteht also darin, einen Ausgleich für die zwischen dem Verwender und seinem Vertragspartner bestehende Verhandlungsmittel- und Informationsasymmetrie herzustellen. Darüber hinaus hat das AGB-Recht den Zweck, das Marktversagen beim Wettbewerb von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu kompensieren.<sup>42</sup>

255

Die ökonomische Analyse des Rechts bietet gleichwohl eine wichtige überindividuelle Rechtfertigung für die AGB-Kontrolle: Gleich, ob die ungeprüfte Annahme der AGB rational ist oder nicht, wäre eine Prüfung der AGB jedenfalls zu teuer und ist deshalb gesamtwirtschaftlich nicht wünschenswert. Die Inhaltskontrolle steigert die Effizienz des Waren- und Dienstleistungsverkehrs und hat damit positive wohlfahrtsökonomische Auswirkungen.<sup>43</sup>

256

Auch der Gesetzgeber hat den Ausgleich von Verhandlungsmittel- und Informationsasymmetrien als einen Schutzaspekt der AGB-Kontrolle angesehen. Das

257

---

<sup>41</sup> *Adams*, (Fn. 36), S: 783 ff. mit Verw. auf *Akerlof*, Quarterly Journal of Economics Vol. 84 (1970), S. 488 ff..

<sup>42</sup> S. aber auch *Leuschner* in *Leuscher*, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Einl, Rn. 23 f..

<sup>43</sup> Zur Allokationseffizienz *Leuschner* in: *Leuschner*, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Einl., Rn. 22 ff.

zeigen die besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen gegenüber nicht-  
unternehmerischen Vertragspartnern nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB, das Verbot  
überraschender Klauseln nach § 305c Abs. 1 BGB, die Unklarheitenregel des § 305c Abs.  
2 BGB und das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Der Bundesgerichtshof hat den großen Aufwand für das Erfassen allgemeiner 258  
Geschäftsbedingungen und damit die Verhandlungsmittel- und  
Informationsasymmetrie zwischen Verwender und Vertragspartner ebenfalls als Grund  
für die Inhaltskontrolle angesehen.<sup>44</sup> Diese Erkenntnis bleibt jedoch ohne Konsequenz,  
da der BGH auch großvolumige Verträge, die der Verwendungsgegner umfassend  
geprüft und verhandelt hat, einer AGB-Kontrolle unterzieht.<sup>45</sup> Der vom BGH entwickelte  
Anwendungsbereich des AGB-Rechts lässt sich daher nur unter Rückgriff auf einen  
zusätzlichen, eigentlich unzutreffenden<sup>46</sup> Schutzaspekt erklären: den Schutz vor der  
persönlichen, vor allem wirtschaftlichen Übermacht des Verwenders.

### **III. Ausblick**

Im 2. und 3. Teil dieses Beitrags werden die Voraussetzungen für das Eingreifen der 259  
AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr erörtert. Im 2. Teil wird  
zunächst die Rechtsprechung des BGH zu den Merkmalen der (1) Vorformulierung (2)  
für eine Vielzahl von Verträgen umfassend dargestellt. Ein besonders praxisrelevanter  
Fokus liegt auf den weitgehenden, von der Rechtspraxis bisher kaum  
wahrgenommenen Anscheinsbeweisen, die der BGH dabei zulässt. Diese  
Beweiserleichterungen führen faktisch zu einer wesentlichen Erweiterung des  
Anwendungsbereichs der §§ 305 ff. BGB. Der Fokus des 3. Teils liegt auf dem

---

<sup>44</sup> BGH IV ZR 197/75 = NJW 1977, 624, 625.

<sup>45</sup> Zum Aushandeln → 3. Teil dieses Beitrags.

<sup>46</sup> → Rn. 22 ff..

Aushandeln im Einzelnen gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB, dem zentralen Merkmal des AGB-Begriffs.