

Forschungsprojekt im Auftrag des
Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

„AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen“

- Unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen -

Prof. Dr. Lars Leuschner

unter Mitarbeit
von Dr. Frederik Meyer

Abschlussbericht vom 30. September 2014



Inhaltsüberblick

A. Ergebnisse in Kürze	1
I. Rechtsprechungsanalyse	1
II. Analyse branchenüblicher Haftungsbeschränkungen	2
III. Rechtsvergleichung.....	3
IV. Empirische Untersuchung	5
V. Abschließende Empfehlungen	9
B. Hintergründe und Konzeption des Forschungsvorhabens.....	11
I. Diskussion um die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr	11
II. Vorgaben der öffentlichen Ausschreibung	12
III. Zuschnitt des Forschungsvorhabens	13
C. Rechtsprechungsanalyse	15
I. Einführung.....	15
II. Rechtsprechung des Reichsgerichts.....	16
III. Rechtsprechung vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes	18
IV. Rechtsprechung nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes.....	20
V. Zusammenfassung.....	41
D. Analyse branchenüblicher Haftungsbeschränkungen	43
I. Einführung.....	43
II. Unternehmenskaufverträge.....	45
III. Anlagen- und Industriebauverträge	54
IV. Transport- und Logistikverträge	62
V. Dienstleistungsverträge (insbesondere Outsourcing).....	71

VI. Finanzierungsverträge (insbesondere Konsortialverträge).....	75
VII. Lieferverträge zwischen Zulieferer und Produzent	81
VIII. Verträge über den Erwerb von Investitionsgütern	84
IX. Zusammenfassung.....	89
E. Rechtsvergleichung.....	91
I. Einführung.....	91
II. Frankreich	92
III. England.....	100
IV. USA.....	109
V. Österreich	116
VI. Schweiz.....	125
VII. Polen.....	130
VIII. Zusammenfassung.....	135
F. Empirische Untersuchung	137
I. Einführung.....	137
II. Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit (Umfrage 1).....	137
III. Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern (Umfrage 2).....	148
IV. Statistische Anmerkungen und Ergebnisdetails	186
G. Abschließende Empfehlungen	287
I. Berechtigung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr	287
II. Problembereiche	287
III. Handlungsvorschläge.....	289
H. Anlagen.....	293

Inhaltsverzeichnis

A. Ergebnisse in Kürze

I. Rechtsprechungsanalyse.....	1
II. Analyse branchenüblicher Haftungsbeschränkungen	2
III. Rechtsvergleichung.....	3
IV. Empirische Untersuchung	5
1. Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit.....	5
2. Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern.....	6
V. Abschließende Empfehlungen	9

B. Hintergründe und Konzeption des Forschungsvorhabens

I. Diskussion um die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr	11
II. Vorgaben der öffentlichen Ausschreibung	12
III. Zuschnitt des Forschungsvorhabens	13

C. Rechtsprechungsanalyse

I. Einführung.....	15
II. Rechtsprechung des Reichsgerichts.....	16
III. Rechtsprechung vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes	18
IV. Rechtsprechung nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes.....	20
1. Freizeichnungsverbote.....	21
a) Freizeichnungsverbot für Körper- und Gesundheitsschäden.....	21
b) Freizeichnungsverbot für wesentliche Vertragspflichten (Kardinalpflichten).....	21
c) Freizeichnungsverbot für grobe Fahrlässigkeit	25

d) Freizeichnungsverbot für vertragstypische Schäden (Voraussehbarkeitsformel).....	28
2. Transparenzgebot.....	31
3. Bedeutung von Einzelaspekten.....	32
a) Indizwirkung der Klauselverbote	32
b) Branchenüblichkeit	32
c) Versicherbarkeit.....	34
4. Statistik	35
5. Matrix der Freizeichnungsverbote	37
a) Haftungsschluss.....	37
b) Haftungsbeschränkungen.....	39
V. Zusammenfassung.....	41

D. Analyse branchenüblicher Haftungsbeschränkungen

I. Einführung.....	43
1. Anliegen und Umfang der Analyse.....	43
2. AGB-Qualität von Haftungsbeschränkungen	43
II. Unternehmenskaufverträge.....	45
1. Überblick.....	45
2. Branchenübliche Haftungsbeschränkungen.....	46
3. Analyse	47
a) Einzelanalyse.....	48
b) Korrekturmöglichkeiten	50
(1) Möglichkeit einer Gesamtbetrachtung?.....	50
(2) Berücksichtigung von Branchenüblichkeit bzw. Handelsbrauch.....	52
4. Resümee.....	53

III. Anlagen- und Industriebauverträge	54
1. Überblick	54
2. Branchenübliche Haftungsbeschränkungen.....	55
3. Analyse	57
a) Einzelanalyse.....	58
b) Korrekturmöglichkeiten	59
4. Resümee.....	61
IV. Transport- und Logistikverträge	62
1. Überblick	62
2. Branchenübliche Haftungsbeschränkungen.....	64
a) Transportverträge	64
b) Logistikverträge	65
3. Analyse	66
a) Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen (ADSp)	66
b) Logistik-AGB und Haftungsbeschränkungen im Bereich der Kontraktlogistik	69
4. Resümee.....	70
V. Dienstleistungsverträge (insbesondere Outsourcing).....	71
1. Überblick	71
2. Branchenübliche Haftungsbeschränkung.....	72
3. Analyse	73
4. Resümee.....	75
VI. Finanzierungsverträge (insbesondere Konsortialverträge).....	75
1. Überblick	75
2. Branchenübliche Haftungsbeschränkungen.....	77
3. Analyse	77
a) Bereichsausnahme (§ 310 Abs. 4 S. 1 BGB).....	77

b) Inhaltskontrolle.....	79
c) Besonderheiten bei der Integration der Konsortialbedingungen in den Konsortialkreditvertrag.....	80
4. Resümee.....	81
VII. Lieferverträge zwischen Zulieferer und Produzent.....	81
1. Überblick.....	81
2. Branchenübliche Haftungsbeschränkungen.....	82
3. Analyse.....	83
4. Resümee.....	84
VIII. Verträge über den Erwerb von Investitionsgütern.....	84
1. Überblick.....	84
2. Branchenübliche Haftungsbeschränkungen.....	85
3. Analyse.....	87
4. Resümee.....	88
IX. Zusammenfassung.....	89

E. Rechtsvergleichung

I. Einführung.....	91
II. Frankreich.....	92
1. Einführung.....	92
2. Für Haftungsbeschränkungen relevante Grenzen der Vertragsfreiheit.....	92
a) Das handelsrechtliche System des <i>déséquilibre significatif</i> (Art. L 442-6 Code de Commerce).....	92
b) Grenzen der Haftungsfreizeichnungsklauseln im allgemeinen Zivilrecht.....	94
(1) Die Lehre von der cause und die Chronopost- Rechtspiegelungslinie.....	94

(2) Vorsatz und Fahrlässigkeit.....	97
(3) Besonderheiten bei der kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistung.....	98
(4) Sonstige Beschränkungen	98
3. Resümee.....	99
III. England.....	100
1. Einführung.....	100
2. Common law	100
3. Inhaltskontrolle unter dem Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA).....	101
a) Für den unternehmerischen Verkehr einschlägige Klauselverbote	101
(1) Haftung für Fahrlässigkeit (Section 2 UCTA)	101
(2) Haftungsbeschränkungen in <i>written standard terms of business</i> (Section 3 UCTA).....	102
(3) Haftung für die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten im Zusammenhang mit der Übertragung von Gütern (Section 6 und Section 7 UCTA).....	103
(4) Haftung für fehlerhafte Informationen vor Vertragsschluss (Section 8 UCTA)	103
b) Maßstäbe des <i>test of reasonableness</i>	104
(1) Vorgaben von Section 11 UCTA.....	104
(2) Genereller Prüfungsmaßstab.....	104
(3) Besonderheiten des unternehmerischen Rechtsverkehrs.....	105
c) Vom Anwendungsbereich des UCTA ausgeschlossene Verträge	106
(1) Besondere Vertragstypen	106
(2) Internationaler Bezug.....	106

d) Rechtsfolgen unwirksamer Klauseln.....	107
4. Reformdiskussion	107
5. Resümee.....	108
IV. USA.....	109
1. Einführung.....	109
2. Klauselkontrolle nach dem Uniform Commercial Code (UCC).....	109
a) Anwendungsbereich des UCC.....	109
b) Grundsatz der <i>unconscionability</i> (§ 2-302 UCC).....	110
c) Spezialregelungen für Haftungsbeschränkungen	112
(1) Ausschluss und Modifikation von Zusicherungen (§ 2-316 UCC).....	112
(2) Modifikation und Beschränkung von Rechtsbehelfen (§ 2-719 UCC).....	114
3. Klauselkontrolle nach dem <i>common law</i>	115
4. Resümee.....	116
V. Österreich	116
1. Einführung.....	116
2. Allgemeine Kriterien der Inhaltskontrolle.....	117
a) Schutzzweck von § 879 Abs. 3 ABGB; Verhältnis zu Abs. 1	117
b) Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen in § 879 Abs. 3 ABGB.....	117
c) Merkmal der „gröblichen Benachteiligung“ in § 879 Abs. 3 ABGB.....	118
(1) Objektive Äquivalenzstörung und Willensbildungsstörung als maßgebliche Kriterien.....	118
(2) Indizwirkung von § 6 KSchG	119
(3) Kompensationsmöglichkeiten	120
d) Rechtsfolgen.....	121

3.	Beurteilung von Haftungsbeschränkungen	121
a)	Einschränkung dem Grunde nach	122
b)	Einschränkung des Haftungsumfangs	123
c)	Sonstige Einschränkungen	124
4.	Resümee.....	124
VI.	Schweiz.....	125
1.	Einführung.....	125
2.	Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen.....	125
a)	Art. 8 UWG	125
b)	Ungeschriebene Regelungen	126
3.	Allgemeine Schranken von Haftungsbeschränkungen.....	127
a)	Haftungsausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (Art. 100 Abs. 1 OR)	127
b)	Haftungsausschluss für einfache Fahrlässigkeit	128
c)	Gewährleistungsausschluss im Kaufrecht (Art. 199 OR)	129
d)	Rechtsfolgen unzulässiger Klauseln	129
4.	Resümee.....	130
VII.	Polen.....	130
1.	Einführung.....	130
2.	Allgemeine Regelungen	131
a)	Generelle Grenzen der Vertragsfreiheit in Art. 58 § 2 und Art. 353 ¹ ZGB.....	131
b)	Verbot des Haftungsausschlusses bei vorsätzlich zugefügtem Schaden (Art. 473 § 2 ZGB).....	132
c)	Folgen unzulässiger Haftungsbeschränkungen	132
d)	Summenmäßige Haftungsbeschränkungen.....	132
3.	Inhaltskontrolle von Vertragsmustern (Art. 384 ff. ZGB).....	133

a) Unanwendbarkeit der Regelung über die Inhaltskontrolle auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr	133
b) Ausnahme für Versicherungsverträge	134
c) Einbeziehungskontrolle als „indirekte Inhaltskontrolle“?	134
4. Resümee.....	134
VIII. Zusammenfassung.....	135

F. Empirische Untersuchung

I. Einführung.....	137
II. Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit (Umfrage 1).....	137
1. Methodisches Vorgehen	137
a) Anlage der Untersuchung als Expertenbefragung	137
b) Geschlossener Online-Fragebogen als Umfragemittel	138
c) Unterstützung durch Fokusgruppe (Gruppendiskussion).....	139
2. Gestaltung des Fragebogens.....	140
a) Vorgehensweise	140
b) Konzeptionelle Grundlagen.....	141
c) Erläuterung der einzelnen Teile des Fragebogens	141
3. Adressatenauswahl und Versand	142
a) Adressatenauswahl	142
b) Versand und Rücklaufquote.....	142
4. Ergebnisse und Bewertung	143
a) Zuschnitt der Stichprobe und Schiedserfahrung der Befragten	143
b) Allgemeine Angaben zu den Schiedsverfahren	144
c) Erfahrungen mit Rechtswahlklauseln.....	144
d) Bedeutung der §§ 305 ff. BGB in den Schiedsverfahren	145

e) Bewertung der §§ 305 ff. BGB	146
f) Wesentliche Erkenntnisse.....	147
III. Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern (Umfrage 2).....	148
1. Methodisches Vorgehen	148
a) Anlage der Untersuchung als Expertenbefragung	148
b) Geschlossener Online-Fragebogen als Umfragemittel	149
c) Unterstützung durch Fokusgruppe (Gruppendiskussion).....	149
d) Erprobungsphase (Pretest).....	150
2. Gestaltung des Fragebogens.....	150
a) Vorgehensweise	150
b) Konzeptionelle Grundlagen.....	151
c) Erläuterung der einzelnen Teile des Fragebogens	153
(1) Allgemeine Angaben zum Unternehmen (Teil A).....	153
(2) Vertrags- und Abschlussmodalitäten (Teil B).....	154
(3) Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse (Teil C).....	155
(4) Umgang mit geltendem Recht/Einschätzung des geltenden Rechts (Teil D)	156
3. Adressatenauswahl und Versand	156
a) Adressatenauswahl	156
b) Versand	158
4. Ergebnisse und Bewertung	159
a) Vorbemerkung	159
b) Zuschnitt, Repräsentanz und Darstellung der Stichprobe.....	159
(1) Einbeziehung von Kleinstunternehmen.....	160
(2) Herstellung der Repräsentanz nach Branchen	161
(3) Behandlung der Größenkategorien.....	162

(4) Aggregierter Wert.....	163
c) Wesentliche Erkenntnisse.....	163
(1) Hohe Standardisierung der Vertragsschlusspraxis; geringer Anteil an Individualvereinbarungen	164
(2) Vertragsgestaltungsaufwand steigt mit Vertragsvolumen	166
(3) Juristisches Expertisegefälle in Abhängigkeit von der Unternehmensgröße	167
(4) Fehlendes AGB-spezifisches Problembewusstsein	168
(5) Großes Bedürfnis nach Haftungsbeschränkungen, insbesondere summenmäßigen Haftungsbeschränkungen	169
(6) Reziproker Zusammenhang zwischen Unternehmensgröße und Marktmacht	171
(7) Zusammenhang zwischen den Vertragsvolumen und der Bewertung der bestehenden Gestaltungsspielräume bei der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen	173
(8) Kein Zusammenhang zwischen der Marktmacht und der Bewertung der bestehenden Gestaltungsspielräume bei der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen.....	175
d) Ergebnisse der einzelnen Teile des Fragebogens.....	177
(1) Allgemeine Angaben zum Unternehmen (Teil A).....	177
(2) Vertrags- und Abschlussmodalitäten (Teil B).....	178
(3) Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse (Teil C)	179
(4) Umgang mit dem AGB-Recht; Einschätzung des geltenden Rechts (Teil D)	183
IV. Statistische Anmerkungen und Ergebnisdetails	186
1. Vorbemerkungen zur Datenanalyse und Ergebnisdarstellung	186
2. Details zur Umfrage 1	191

a) Beschreibung und Aufbereitung der Stichprobe	192
b) Ergebnisse im Detail.....	196
(1) Allgemeine Angaben zu den Schiedsverfahren	196
(2) Erfahrungen mit Rechtswahlklauseln.....	199
(3) Bedeutung der §§ 305 ff. BGB in den Schiedsverfahren	201
(4) Bewertung der §§ 305 ff. BGB	208
3. Details zur Umfrage 2	212
a) Beschreibung und Aufbereitung der Stichprobe	212
b) Ergebnisse im Detail.....	221
(1) Allgemeine Angaben zum Unternehmen	221
(2) Vertrags- und Abschlussmodalitäten	227
(3) Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse	249
(4) Umgang mit geltendem Recht, Einschätzung des geltenden Rechts.....	277
c) Korrelationsanalysen	282

G. Abschließende Empfehlungen

I. Berechtigung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr	287
II. Problembereiche	287
III. Handlungsvorschläge.....	289
1. Korrektur der Vorhersehbarkeitsformel für den unternehmerischen Rechtsverkehr	289
2. Rechtssichere Beschränkung des Anwendungsbereichs der AGB-Kontrolle	290
3. Gesonderte Berücksichtigung übermäßiger Marktmacht	291

H. Anlagen

I. Anlage 1: Fragebogen zur Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit	294
II. Anlage 2: Fragebogen zur Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern.....	302
III. Anlage 3: Protokoll des Treffens der Fokusgruppe 1 (Vorbereitung der Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit)	326
IV. Anlage 4: Protokoll des Treffens der Fokusgruppe 2 (Vorbereitung der Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern)	330

A. Ergebnisse in Kürze

Das vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz auf Grundlage einer Ausschreibung vom November 2012 in Auftrag gegebene Forschungsvorhaben zielte darauf zu ermitteln, ob die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Rechtsverkehr einer Reform bedarf. Der Fokus lag dabei auf der Behandlung von Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüssen.

I. Rechtsprechungsanalyse

Die Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum unternehmerischen Rechtsverkehr hat gezeigt, dass wirkungsvolle Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse im Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB kaum möglich sind. Da § 309 Nr. 7b BGB für den unternehmerischen Rechtsverkehr Indizwirkung zugemessen wird, kommt eine Freizeichnung für grobes Verschulden grundsätzlich nicht in Betracht.¹ Hinzu tritt das aus § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB abgeleitete Freizeichnungsverbot für wesentliche Vertragspflichten, welches auch für einfache Fahrlässigkeit gilt.² Die verbleibende Möglichkeit, die Haftung in diesem Bereich zumindest einzuschränken, ist von zu vernachlässigender praktischer Relevanz. Denn nach ständiger Rechtsprechung des BGH muss die Haftung für die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten mindestens den vorhersehbaren, vertragstypischen Schaden umfassen (Vorhersehbarkeitsformel).³ Weil die Ersatzfähigkeit gänzlich unwahrscheinlicher Kausalverläufe aber bereits aufgrund des Adäquanzkriteriums ausgeschlossen ist, werden Haftungsbeschränkungen, die der Vorhersehbarkeitsformel genügen, kaum Wirkung entfalten.

Abweichungen von den skizzierten Grundsätzen sind selten und haben ersichtlich Ausnahmecharakter. In den wenigen Entscheidungen, in denen die Richter abgewichen sind, spielten Aspekte wie die Möglichkeit des Klauselgegners zur Schadensprävention, die geringe Einwirkungs- bzw. Überwachungsmöglichkeit des Klauselverwenders, das branchenübliche Bestehen von Versicherungsschutz des Klauselgegners und/oder die negativen Auswirkungen einer (unbeschränkten) Haftung auf die Preisgestaltung eine

¹ Vgl. BGH NJW 2007, 3774, 3775 (= BGHZ 174, 1).

² Statt vieler BGH NJW 1984, 1350, 1351 (= BGHZ 89, 363).

³ Statt vieler BGH NJW 1985, 3016, 3018.

Rolle.⁴ Eine verallgemeinerungsfähige Aussage, wonach die Freizeichnungsverbote bzw. -beschränkungen bei Vorliegen einzelner oder mehrerer der aufgezählten Umstände nicht eingreifen, ist jedoch nicht möglich.

II. Analyse branchenüblicher Haftungsbeschränkungen

Untersucht wurden die branchenüblichen Haftungsbeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen, Anlagen- und Industriebauverträgen, Transport- und Logistikverträgen, Dienstleistungsverträgen (insbesondere Outsourcing), Finanzierungsverträgen, Lieferverträgen zwischen Zulieferern und Produzenten sowie Verträge über den Erwerb von Investitionsgütern. Die Analyse zeigt, dass insbesondere summenmäßige Haftungsbeschränkungen, die die maximale Haftung auf einen bestimmten Prozentsatz des vereinbarten Entgelts festsetzen, im unternehmerischen Rechtsverkehr weit verbreitet sind und in vielen Bereichen dem Marktstandard entsprechen. Letzteres gilt vor allem für die meist großvolumigen Verträgen des Unternehmenskaufs, des Anlagen- und Industriebaus, der Kontraktlogistik und des Outsourcing, wo die entsprechenden Haftungsbeschränkungen zentraler Bestandteil der von den Parteien vereinbarten Risikoallokation sind und typischerweise mit Haftungserleichterungen in Form von Garantien, Vertragspönalen oder Schadenspauschalen korrespondieren.

Weil die üblichen Haftungsbeschränkungen meist keine Rückausnahme für grobe Fahrlässigkeit vorsehen und zudem die Ersatzfähigkeit des vorhersehbaren, vertragstypischen Schaden einschränken, werden sie den von der Rechtsprechung aus den §§ 307 ff. BGB abgeleiteten Maßstäben nicht gerecht. Eine Korrektur dieses Ergebnisses durch eine Gesamtbetrachtung, die neben den haftungsbeschränkenden Elementen auch die haftungserweiternden Elemente in den Blick nimmt, erweist sich auf Grundlage der anerkannten Grundsätze des AGB-Rechts als nicht durchführbar.⁵ Die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkungen hängt somit entscheidend davon ab, ob die Klausel die Anforderungen des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB an eine Individualvereinbarung erfüllen. Hierbei handelt es sich um eine Frage des Einzelfalls. Generell besteht jedoch die Problematik, dass die Notwendigkeit von Haftungsbeschränkungen wegen deren Branchenüblichkeit in

⁴ Insbesondere BGH NJW 1988, 1785 (= BGHZ 103, 316).

⁵ Zu den engen Grenzen bei der Berücksichtigung kompensatorischer Elemente *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 307 Rn. 144 ff. m.w.N.

der Praxis meist von keiner der Parteien grundsätzlich infrage gestellt wird.⁶ Es fehlt mit- hin in der Regel am *ernsthaften zur-Disposition-Stellen des gesetzesfremden Kernge- halts*, welches nach der ständigen Rechtsprechung aber Voraussetzung einer Individual- vereinbarung ist.⁷

III. Rechtsvergleichung

Die rechtsvergleichende Untersuchung erstreckt sich auf die Rechtsordnungen von *Frankreich, England, den USA, Österreich, der Schweiz und Polen*. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass den Teilnehmern des unternehmerischen Rechtsverkehrs auf Grundlage der Rechtsordnungen der genannten Länder deutlich größere Spielräume bei der Verein- barung von Haftungsbeschränkungen zustehen als dies nach deutschem Recht der Fall ist.

In *Frankreich* setzt zwar die so genannte Chronopost-Rechtsprechungslinie der Cour de Cassation der Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln Grenzen.⁸ Unwirksam sind Freizeichnungsklauseln hiernach aber nur, wenn sie den Schuldner von nahezu je- der Haftung entbinden und für diesen daher kein Anreiz mehr besteht, sorgfältig zu han- deln. Insbesondere die Vereinbarung summenmäßiger Haftungsbeschränkungen ist auf dieser Grundlage ohne weiteres möglich. rechtstechnisch bestünde eine Option darin, in Anlehnung an § 308 Nr. 1 a und 1b BGB ein speziell an den unternehmerischen Rechts- verkehr adressiertes Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit zu schaffen, das der Vorher- sehbarkeitsformel des BGH vorgeht.

In *England* und in den *USA* kommt es entscheidend auf die Vereinbarkeit der Haf- tungsbeschränkung mit dem test of reasonableness (England) bzw. dem Grundsatz der unconscionability (USA) an.⁹ Berücksichtigt wird insoweit jeweils eine Vielzahl von Um- ständen des Einzelfalls, wobei der Verhandlungsstärke der Parteien eine besondere Rolle zukommt. Generell sind die Gerichte in England und den USA sehr zurückhaltend damit,

⁶ Zur Problematik *Knütel/Rieger*, NZBau 2010, 285, 288 m.w.N.; *Leuschner*, JZ 2010, 875, 876; Fn. 10; vgl. auch *Kollmann*, NJOZ 2011, 625, 626.

⁷ Statt vieler BGH NJW 2005, 2543, 2544.

⁸ Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 22.10.1996, Bulletin Civil IV, n° 261; Chambre Com- merciale, 30.05.2006, D. (Daloz Actualité) 2006, S. 2288; Chambre Commerciale 29.06.2010, Bulletin 2010, IV, n° 115.

⁹ Section 11 Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA) bzw. § 2-302 Uniform Commercial Code (UCC).

korrigierend in Vereinbarungen des unternehmerischen Rechtsverkehrs einzugreifen.¹⁰ Auch in vorformulierten Vertragsbedingungen ist es hiernach möglich, wirkungsvolle Haftungsbeschränkungen zu vereinbaren.

In *Österreich* sieht § 879 Abs. 3 des Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuchs (ABGB) eine spezielle Inhaltskontrolle vorformulierter Vertragsbedingungen vor, deren Anwendungsbereich im Wesentlichen deckungsgleich mit der deutschen Inhaltskontrolle auf Grundlage der §§ 307 ff. BGB ist. Anders als in Deutschland ist das Ergebnis der Inhaltskontrolle jedoch maßgeblich davon abhängig, ob beim Vertragsschluss zwischen den Parteien eine Ungleichgewichtslage bestand.¹¹ Auch speziell mit Blick auf Haftungsbeschränkungen erweist sich das österreichische Recht als deutlich liberaler als das deutsche Recht: Neben der Ersatzpflicht für vorhersehbare Schäden¹² kann auch die Haftung für grobe Fahrlässigkeit partiell abbedungen werden.¹³

Das Recht der *Schweiz* sieht für den unternehmerischen Rechtsverkehr keine speziell auf vorformulierte Vertragsbedingungen zugeschnittene Inhaltskontrolle vor. Relevant ist allenfalls die aus den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts entwickelte (ungeschriebene) Ungewöhnlichkeitsregel, die in gewissem Umfang eine „verdeckte“ Inhaltskontrolle erlaubt.¹⁴ Weil sie jedoch dadurch vermieden werden kann, dass die Gegenseite auf die betroffene Regelung hingewiesen wird, dürfte ihr im unternehmerischen Rechtsverkehr keine allzu große Bedeutung zukommen. Maßgeblich für die Wirksamkeit von Freizeichnungsklauseln sind daher vor allem die Art. 100 f. des Schweizerischen Obligationenrechts (OR). Unzulässig ist hiernach allein der Ausschluss der Haftung für vorsätzliche oder grob fahrlässige Pflichtverletzungen von Organmitgliedern bzw. des einzelkaufmännischen Unternehmensinhabers selbst. Die Haftung für Erfüllungsgehilfen kann demgegenüber grundsätzlich vollständig ausgeschlossen werden.

¹⁰ Für England etwa Court of Appeal in *Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Limited* [2001] 1 All. E. R. (Comm) 696 [55]; für die USA Eastern District of New York in *American Dredging Co. v. Plaza Petroleum, Inc.*, 799 Federal Supplement 1335, 18 UCC2d 1101.

¹¹ Siehe u.a. OGH 22.11.1984, 7 Ob 666/84, S. 5 (abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/Jus/>) sowie *Krejci* in: Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 2007, § 879 Rn. 234.

¹² OGH 4.6.1985, 5 Ob 541/85, S. 18; OGH 19.12.2013, 3 Ob 196/13i, S. 9 ff. (jeweils abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/Jus/>).

¹³ Vgl. OGH 19.12.2013, 3 Ob 196/13i, S. 9 ff. (abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/Jus/>); *Krejci* (Fn. 11), § 879 Rn. 115

¹⁴ BGE 119 II, 443, 446; BGE 135 III 1, 7 (abrufbar unter <http://www.bger.ch>).

In *Polen* ist die in den Art. 384 ff. des polnischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) vorgesehene Inhaltskontrolle vorformulierter Vertragsbedingungen in ihrem Anwendungsbereich weitestgehend auf Verbraucherverträge beschränkt. Für den unternehmerischen Rechtsverkehr relevant sind hiernach vor allem die allgemeinen in Art. 58 § 2 und Art. 353 ZGB definierten Grenzen der Vertragsfreiheit, wonach Rechtsgeschäfte nicht den Grundsätzen des „gesellschaftlichen Zusammenlebens“ widersprechen dürfen. Entscheidungen, die hieraus Grenzen bei der Vereinbarung von Freizeichnungsklauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr ableiten, finden sich kaum. Insbesondere ist keine Entscheidung bekannt, in der eine summenmäßige Haftungsbeschränkung für unwirksam erklärt wurde.

Ein weiterer signifikanter Unterschied besteht darin, dass in den meisten der untersuchten ausländischen Rechtsordnungen eine geltungserhaltende Reduktion in Betracht kommt.¹⁵

IV. Empirische Untersuchung

Es wurden zwei voneinander unabhängige rechtstatsächliche Untersuchungen in Form von Experteninterviews unter Verwendung geschlossener Online-Fragebögen durchgeführt: Eine Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit (1.) und eine Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern (2.).

1. Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit

Die Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit erfolgte mit Unterstützung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS), die den aus insgesamt 21 Fragen bestehenden Fragebogen an 1.138 ihrer Mitglieder weitergeleitet hat. Innerhalb eines Befragungszeitraums von ca. einem Monat konnte ein Rücklauf von 193 vollständig ausgefüllten Fragebögen erzielt werden.

Für den Zuschnitt der der Auswertung zugrunde gelegten Stichprobe war zunächst die Erkenntnis von Bedeutung, dass die Schiedserfahrung der Befragten einer erheblichen Streuung unterliegt. Während eine Vielzahl über eher geringe Schiedserfahrung verfügt, war eine vergleichsweise kleine Gruppe an sehr vielen Verfahren beteiligt. Aus diesem Grund wurde entschieden, für die Auswertung primär auf eine aus dem obersten

¹⁵ Eine Ausnahme bildet soweit ersichtlich nur das englische Recht (siehe *Stewart Gill Ltd v Horatio Myer & Co Ltd* [1992] 1 Q.B. 600; [1992] EWCA Civ. 6; *A. G. Guest* in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts*, (Sweet & Maxwell London 2012), Rn. 14-101 m.w.N.).

Quartil gebildete Gruppe von Befragten mit einer besonders hohen Schiedserfahrung abzustellen. Es handelt sich insoweit um 54 Befragte (28 % der Stichprobe), deren Schiedserfahrung mit 25 Verfahren (Median) deutlich über der Schiedserfahrung der übrigen 136 Befragten (72 % der Befragten) liegt, welche lediglich auf 6,5 Verfahren (Median) kommen.

Die auf dieser Grundlage ausgewerteten Daten machen deutlich, dass die §§ 305 ff. BGB in nahezu jedem dritten zwischen Unternehmen durchgeführten Schiedsverfahren, in dem deutsches Recht Anwendung findet, eine Rolle spielen. Betroffen von der AGB-Einrede sind hierbei vor allem Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse sowie Schadenspauschalierungen und Vertragsstrafen. Dabei gilt es zu beachten, dass Gegenstand der Schiedsverfahren überwiegend großvolumige Verträge sind: 89 % der Verfahren betreffen Verträge mit einem Volumen über 500.000 €, 64 % der Verfahren sogar Verträge mit einem Volumen über 2 Mio. €.

Die Umfrage hat weiter gezeigt, dass eine Flucht in ausländische Rechtsordnungen vorkommt, wenngleich es sich nicht um ein Massenphänomen handelt. Knapp 3/4 der Befragten gaben an, die Wahl ausländischen Rechts (als materielles Recht) für rein inländische Sachverhalte selten oder gelegentlich beobachtet zu haben. Befragt nach den im Fall einer solchen Rechtswahl am häufigsten gewählten Rechtsordnungen dominiert mit deutlichem Abstand das Schweizer Recht vor dem englischen Recht.

Hinsichtlich der Handhabung der §§ 305 ff. BGB in Schiedsverfahren deutet die Befragung an, dass die Schiedsgerichte das für den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle maßgebliche Merkmal des Aushandelns (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB) weniger restriktiv als der BGH handhaben. Etwa 3/4 der Befragten gaben an, intensive Verhandlungen über den Vertrag als Ganzes würden die Schiedsgerichte ausreichen lassen, um eine Klausel als Individualvereinbarung zu qualifizieren.

Insgesamt wird die Rolle, die die §§ 305 ff. BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr spielen, von den Experten der Schiedsgerichtsbarkeit überwiegend negativ bewertet. 3/4 der Befragten stimmen der Aussage, die Regelungen schränken die Vertragsfreiheit von Unternehmen unangemessen ein, voll oder eher zu. Knapp 2/3 stimmen voll oder eher der Aussage zu, die §§ 305 ff. BGB würden bei grenzüberschreitenden Verträgen die Parteien davon abhalten, als materielles Recht deutsches Recht zu wählen.

2. Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern

Die Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern erfolgte mit Unterstützung des Deutschen

Industrie- und Handelskammertag e.V. (DIHK) sowie der regionalen Industrie- und Handelskammern (IHK). Letztere haben den aus 54 Fragen bestehenden Fragebogen an ca. 30.000 ihrer Mitgliedsunternehmen versandt und dabei gebeten, ihn innerhalb des Unternehmens an eine Person weiterzuleiten, die mit Vertragsschlüssen betraut ist. Innerhalb des sechswöchigen Befragungszeitraums wurde ein Rücklauf von 1.220 vollständig ausgefüllten Fragebögen erzielt.

In der auf diese Weise gewonnenen Stichprobe sind 18 von 21 Wirtschaftszweigen enthalten.¹⁶ Ebenfalls vertreten sind Unternehmen sämtlicher Größenkategorien (224 Kleinstunternehmen,¹⁷ 413 Kleinunternehmen, 373 mittlere Unternehmen und 210 Großunternehmen).¹⁸ Mittels einer Gewichtung der Befragten entsprechend der Branchenzugehörigkeit ihres Arbeitgebers wurde Repräsentanz nach Branchen hergestellt. Auf die Herstellung der Repräsentanz nach Unternehmensgrößen wurde demgegenüber verzichtet und stattdessen entschieden, die einzelnen Größenkategorien jeweils gesondert darzustellen, um auf diese Weise die größenabhängigen Unterschiede sichtbar zu machen. Zur weiteren Erhöhung des Differenzierungsgrads wurde noch eine zusätzliche Unterteilung der Kategorie der Großunternehmen eingeführt und zwischen Unternehmen mit 501 - 2.000 Mitarbeitern („einfache Großunternehmen“) und Unternehmen mit über 2.000 Mitarbeitern („große Großunternehmen“) unterschieden. Die einfachen Großunternehmen sind in der Stichprobe mit 95 Fragebögen, die großen Großunternehmen mit 115 Fragebögen vertreten.

Die Auswertung zeigt, dass auch im unternehmerischen Rechtsverkehr Vertragsschlüsse in erheblichem Umfang auf Basis standardisierter Vertragsbedingungen mit geringem Vertragsgestaltungs- und Verhandlungsaufwand erfolgen und daher ganz überwiegend in den Anwendungsbereich der §§ 307 ff. BGB fallen dürften. Über alle Größenkategorien von Unternehmen hinweg werden die Vertragsnebenbedingungen in rund 95% der Fälle in einer nicht mark-up-fähigen Form (insbesondere Papier oder PDF-Datei) übersandt. Ca. ein Drittel der Vertragsschlüsse findet ohne jegliche Verhandlung statt. Bei

¹⁶ Gemäß der statistischen Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft (NACE).

¹⁷ Der Rücklauf aus dem Bereich der Kleinstunternehmen wurde erzielt, obgleich ursprünglich vorgesehen war, diese Unternehmensgruppe (u.a. mit Blick auf die Komplexität des Fragebogens) aus der Untersuchung auszuklammern.

¹⁸ Die Schwellenwerte entsprechen der Definition des Instituts für Mittelstandsforschung (IfM) in Bonn. Entsprechend der Empfehlung der EU-Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, 2003/361/EG, L 124/36 wird auf die Mitarbeiterzahl als zentrales Kriterium abgestellt.

einem weiteren Drittel der Vertragsschlüsse betragen die Verhandlungen maximal 30 Minuten. Betrachtet man die einzelnen Unternehmensgrößen im Vergleich, zeigt sich ein deutliches Gefälle: Während Kleinstunternehmen durchschnittlich nur bei jedem vierten Vertragsschluss mehr als 30 Minuten verhandeln, liegt dieser Wert bei den großen Großunternehmen bei deutlich mehr als der Hälfte der Vertragsschlüsse.

Abgefragt wurde ferner, welche Volumen (gemessen an der Gegenleistung) die Vertragsschlüsse aufweisen, mit denen die Befragten im Rahmen ihrer Tätigkeit betraut sind. Eine Korrelationsanalyse, die die diesbezüglichen Ergebnisse mit den Angaben zum Verhandlungsaufwand verknüpft, zeigt, dass der Verhandlungsaufwand mit zunehmendem Vertragsvolumen ansteigt.

Die Daten belegen, dass Fehleinschätzungen bezüglich der AGB-rechtlichen Rahmenbedingungen weit verbreitet sind und das AGB-spezifische Problembewusstsein daher ersichtlich unterentwickelt ist. Obgleich hiervon die Mitarbeiter kleiner und mittlerer Unternehmen tendenziell stärker betroffen sind, gilt die Beobachtung auch für die Mitarbeiter von Großunternehmen. Aussagekräftig sind in diesem Zusammenhang insbesondere die Angaben zu der Frage, welche Umstände aus Sicht der Befragten dazu führen, dass eine Haftungsbeschränkung als Individualvereinbarung zu qualifizieren ist: 37,2 % der Mitarbeiter von einfachen Großunternehmen und immerhin noch 11,5 % der Mitarbeiter von großen Großunternehmen gehen fälschlich davon aus, man könne die Qualifikation von Vertragsbedingungen als Individualvereinbarungen dadurch sicherstellen, dass die Vertragsparteien dies schriftlich vereinbaren (Kleinstunternehmen: 35,3 %, Kleinunternehmen: 32,5 %, mittlere Unternehmen: 34,2 %).

Das Bedürfnis der Unternehmen, ihre Haftung als Anbieter von Leistungen gegenüber ihren unternehmerischen Kunden einzuschränken, ist groß. Über alle Größenkategorien von Unternehmen hinweg wird die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung von 79 % der Befragten als wichtig oder sogar sehr wichtig bezeichnet. Befragt danach, welche Formen der Haftungsbeschränkung als besonders wichtig erachtet werden, dominieren summenmäßige Haftungsbeschränkungen. In einem Spannungsverhältnis hierzu stehen allerdings die Ergebnisse zu der Frage, als wie wichtig es empfunden wird, dass bei Verträgen, in denen das Unternehmen der Befragten als Abnehmer von Leistungen auftritt, die Vertragspartner (Zulieferer, Dienstleister, Subunternehmer etc.) unbeschränkt haften. 71,7 % bezeichnen die unbeschränkte Haftung des Vertragspartners als wichtig oder sogar sehr wichtig. Wie diese konträren Bedürfnisse in Ausgleich zu bringen sind, bedarf der

weiteren Diskussion. Hierbei ist die ökonomische Bedeutung vertraglicher Haftungsbeschränkungen zu berücksichtigen¹⁹ und insbesondere ihr Verhältnis zu den institutionellen Haftungsbeschränkungen des Gesellschaftsrechts in den Blick zu nehmen.

Die Auswertung zeigt, dass ein reziproker Zusammenhang zwischen der Größe eines Unternehmens und seiner Marktmacht besteht: Während die Marktmacht der Unternehmen in ihrer Rolle als Abnehmer von Leistungen (d.h. im Verhältnis zu Zulieferern, Dienstleistern, Subunternehmern etc.) mit zunehmender Unternehmensgröße ansteigt, nimmt sie in ihrer Rolle als Anbieter von Leistungen (d.h. im Verhältnis zu Kunden) mit zunehmender Unternehmensgröße leicht ab. Aussagekräftig sind hierbei neben der subjektiven Einschätzung der Marktmacht durch die Befragten auch die Angaben zu der Frage, in welchem Umfang die Unternehmen in der Lage sind, ihre Vorstellungen von den Vertragsnebenbedingungen durchzusetzen.

Die am Ende der Befragung ermittelten Angaben zur Einschätzung der geltenden Rechtslage zeigen ein deutliches Gefälle in Abhängigkeit von der Unternehmensgröße: Während die Vertreter von großen Großunternehmen der Aussage, das geltende Recht biete im unternehmerischen Rechtsverkehr ausreichende Möglichkeiten, die Haftung vertraglich zu beschränken, zu 43,6 % eher nicht oder überhaupt nicht zustimmen, betragen die entsprechenden Werte bei den einfachen Großunternehmen 31,5 %, den mittleren Unternehmen 19,3 %, den Kleinunternehmen 12,1 % und den Kleinstunternehmen 15,8 %. Insoweit gilt es jedoch zu betonen, dass den Angaben vor dem Hintergrund der festgestellten Fehleinschätzungen über die AGB-rechtlichen Rahmenbedingungen isoliert betrachtet eher geringe Aussagekraft zukommt. Interessant ist jedoch der Zusammenhang zu den betroffenen Vertragsvolumen: Die Korrelationsanalyse zeigt, dass die Kritik an der geltenden Rechtslage steigt, je höher die Volumen der Verträge sind, mit deren Abschluss die Befragten betraut sind. Blendet man diejenigen Befragten aus, die in besonderem Maße Fehleinschätzungen bezüglich der AGB-rechtlichen Rahmenbedingungen offenbaren, wird der Zusammenhang noch deutlicher.

V. Abschließende Empfehlungen

Die Untersuchung offenbart nach Auffassung des Autors zwei Problembereiche:

¹⁹ Siehe etwa *Kötz*, Zur Effizienz von Haftungsausschlussklauseln, S. 189 ff., in: Schäfer/Ott (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1989.

- Trotz eines entsprechenden Bedürfnisses sind Unternehmen derzeit nicht in der Lage, bei standardisierten Vertragsabschlüssen (Massengeschäfte) mit anderen Unternehmen ihre Haftung wirkungsvoll zu beschränken; im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen nimmt das deutsche Recht insoweit eine Sonderrolle ein.
- Im Zusammenspiel mit den von der Rechtsprechung aufgestellten sehr strengen Anforderungen an das Vorliegen einer Individualvereinbarung (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB) führt die rigide Inhaltskontrolle von Haftungsbeschränkungen des Weiteren dazu, dass die im Rahmen großvolumiger Verträge (Unternehmenskauf, Anlagenbau etc.) von den Parteien auf Grundlage internationaler Branchenstandards und meist unter erheblichem Einsatz juristischer Expertise vereinbarte Risikoallokation einem massiven Unwirksamkeitsrisiko unterliegt; betroffen hiervon sind nicht nur Haftungsbeschränkungen, sondern auch Haftungserweiterungen (Garantien, Vertragspönalen oder Schadenspauschalen etc.); auch in diesem Punkt nimmt das deutsche Recht eine Sonderrolle ein.

Folgende Reaktionen erscheinen möglich:

- Einführung einer Regelung, wonach im unternehmerischen Rechtsverkehr summenmäßige Haftungsbeschränkungen zulässig sind, sofern sie (i) dem Verwender nicht jeglichen Anreiz zum sorgfältigen Handeln nehmen und (ii) er den Klauselgegner explizit auf die Haftungshöchstsumme hinweist²⁰ (Abkehr von der Vorhersehbarkeitsformel des BGH); rechtstechnisch bestünde eine Option darin, in Anlehnung an § 308 Nr. 1 a und 1b BGB ein speziell an den unternehmerischen Rechtsverkehr adressiertes Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit zu schaffen, das der Vorhersehbarkeitsformel des BGH vorgeht.
- Einführung einer an den Gegenstandswert des Vertrags knüpfenden Wertgrenze, ab deren Erreichen Verträge des unternehmerischen Rechtsverkehrs vom Anwendungsbereich der §§ 307 ff. BGB ausgeschlossen sind.
- Gegebenenfalls Einführung einer Regelung, wonach die AGB-Kontrolle bei Vorliegen eines erheblichen wirtschaftlichen Ungleichgewichts (entsprechend) Anwendung findet (auch oberhalb der Wertgrenze).

²⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang § 449 Abs. 2 Nr. 1 HGB.

B. Hintergründe und Konzeption des Forschungsvorhabens

I. Diskussion um die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr

Die Frage, ob die auf Grundlage der §§ 305 ff. BGB stattfindende Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Rechtsverkehr einer Reform bedarf, wird seit einigen Jahren intensiv diskutiert. Das diesbezügliche Schrifttum ist inzwischen kaum noch überschaubar.¹ Während einige einen „Abschied von der Privatautonomie“ beklagen² und von deutschen Unternehmen berichten, die Zuflucht in ausländische Rechtsordnungen suchen,³ halten andere den durch die Inhaltskontrolle bewirkten Schutz auch im unternehmerischen Rechtsverkehr für angemessen und fordern, den Status quo zu erhalten.⁴

¹ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: *Abels*, BB 2010, 918 ff.; *Acker/Bopp*, BauR 2009, 1040 ff.; *Berger*, NJW 2010, 465 ff.; *ders.* ZIP 2006, 2149 ff.; *ders.* ZIP 2006, 2149 ff.; *ders./Kleine*, BB 2007, 2137 ff.; *ders.*, NJW 2007, 3526 ff.; *Brachert/Dietzel*, ZGS 2005, 441; *Bubrowski*, AnwBl 2012, 980 f.; *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309 ff.; *Drygala*, JZ 2012, 983 ff.; *Fornasier* in: *FIW* (Hrsg.), *Schwerpunkte des Kartellrechts* 2011, S. 113 ff.; *Frankenberger*, AnwBl 2012, 318f.; *Fuchs*, *Festschrift für Uwe Blaurock*, 2013, S. 91 ff.; *Günes/Ackermann*, ZGS 2010, 454 ff.; *Hannemann*, AnwBl 2012, 314 ff.; *Hochbaum*, NJW-Editorial 2008, Heft 51; *Kaufhold*, BB 2012, 1235 ff.; *Kessel*, AnwBl 2012, 293 ff.; *Kessel/Jüttner*, BB 2008, 1350 ff.; *ders./Stomps*, BB 2009, 2666 ff.; *Kieninger*, AnwBl 2012, 301 ff.; *Koch*, BB 2010, 1810 ff.; *Kollmann*, NJOZ 2011, 625 ff.; *Kondring*, BB 2013, 73 ff.; *Lenkai-tisch/Löwisch*, ZIP 2009, 441 ff.; *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491 ff.; *ders.*, JZ 2010, 875 ff.; *Lischek/Mahnken*, ZIP 2006, 158 ff.; *Miethaner*, NJW 2010, 3121 ff.; *Müller/Griebeler/Pfeil*, BB 2009, 2658 ff.; *ders./Schilling*, BB 2012, 2319 ff.; *ders.*, BB 2013, 1355 ff.; *Pfeiffer*, ZGS 2004, 401; *Pfeil*, *RIW* 2009, Heft 5, Die erste Seite; *Rothermel*, *GWR* 2012, 527 ff.; *Schäfer*, BB 2012, 1231 ff.; *Schmidt-Kessel*, AnwBl 2012, 308 ff.; *Steinberger*, BB 2009, Heft 35, Die erste Seite – M1; *Vogt*, *TranspR* 2010, 15 ff.; *v.Westphalen*, BB 2010, 195 ff.; *ders.*, BB 2013, 1357 ff.; *ders.* NJW 2009, 2977 ff.; *ders.* ZGS 2006, 81; *ders.* ZIP 2007, 149 ff.; monographisch *Axer*, *Rechtfertigung und Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr*, 2012; *Becker*, *Die gebotene Grenze zwischen AGB und Individualvereinbarungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr*, 2010; *Brandhoff*, *Abschied vom Individualvertrag?*, 2011; *Miethaner*, *AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung*, 2010.

² Exemplarisch *Berger*, *Abschied von der Privatautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr?*, ZIP 2006, 2149 ff.

³ U.a. *Brachert/Dietzel*, ZGS 2005, 441 ff.

⁴ Exemplarisch *v.Westphalen*, *Der angebliche „Standortnachteil“ des deutschen Rechts aufgrund des AGB-Rechts - Analyse der Fallbeispiele der Reformer*, BB 2013, 67 ff.

Nachdem das Bestreben der Reform-Befürworter⁵ anfangs auf eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zielte, ist in der Folge der Ruf nach einer Gesetzesreform laut geworden. Im Rahmen der sich anschließenden lebhaften und zum Teil sehr kontrovers geführten rechtspolitischen Diskussion sind verschiedenste Reformvorschläge erarbeitet worden. Exemplarisch sei auf den Vorschlag des deutschen Anwaltsvereins (DAV) aus dem März 2012 hingewiesen, der sowohl den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle (§ 305 Abs. 1 BGB) als auch das „Differenzierungsgebot“ des § 310 Abs. 1 BGB zum Gegenstand hat.⁶ Die Problematik der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr war zudem Gegenstand der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 69. Deutschen Juristentags 2012 in München, der sich mehrheitlich für eine Reform ausgesprochen hat.⁷

Innerhalb der Wirtschaftsverbände ist die Frage nach dem Reformbedarf umstritten. Eine in Frankfurt gegründete „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“, an der maßgeblich der Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V. (VDMA) und der Zentralverband Elektrotechnik- und Elektronikindustrie e.V. (ZVEI) beteiligt sind, tritt für eine Reform ein und hat im Rahmen eines Positionspapiers einen eigenen Reformvorschlag entwickelt.⁸ Die Initiative „pro AGB-Recht“, bestehend aus ca. 30 Wirtschaftsverbänden, vertritt demgegenüber die Auffassung, die §§ 305 ff. BGB hätten sich im unternehmerischen Rechtsverkehr bewährt, und spricht sich daher gegen eine Gesetzesreform aus.⁹

II. Vorgaben der öffentlichen Ausschreibung

Mit Datum vom 9. November 2012 hat das Bundesministerium der Justiz (inzwischen Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, BMJV) im Bundesanzeiger einen Auftrag für die Durchführung eines Forschungsvorhabens zum Thema „AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen“ ausgeschrieben.¹⁰ Gegenstand des For-

⁵ Soweit im Folgenden Berufs-, Gruppen- und / oder Personenbezeichnungen Verwendung finden, so ist auch stets die jeweils weibliche Form gemeint. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird durchgängig die männliche Form („generisches Maskulinum“) verwendet.

⁶ AnwBl 2012, S. 402 ff.

⁷ Siehe die Beschlüsse in: Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages in München 2012, 2013, Band II/1, Abschnitt I, S. 90.

⁸ Abrufbar unter www.agb-recht-initiative.de.

⁹ www.pro-agb-recht.de.

¹⁰ Bundesanzeiger AT 21.11.2012 A1.

schungsvorhabens sollte hierbei (mindestens) sein:

- Eine Analyse der Rechtsprechung zu Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüssen.
- Eine Untersuchung von einzelnen Klauseltypen zum Ausschluss oder zur Beschränkung der Haftung des Verwenders mit Blick auf bestimmte Vertragstypen und Wirtschaftsbereiche einschließlich der Rechtslage in wichtigen Exportstaaten sowie der in der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis diskutierten Reformvorschläge.

Laut Ausschreibung sollte der Schwerpunkt des Forschungsvorhabens die Datengewinnung im Wege des Literaturstudiums sein. Zugleich wurde aber auch angeregt, weitere Daten durch den Einsatz von Experteninterviews zu gewinnen.

III. Zuschnitt des Forschungsvorhabens

Mit Datum vom 18. Dezember 2012 hat der Autor im Namen der Universität Osnabrück ein Angebot zur Durchführung des Forschungsvorhabens vorgelegt. Auf Grundlage dieses Angebots, eines Gesprächs im BMJV am 3. April 2013 und eines modifizierten Angebots vom 8. April 2013 kam es am 31. Juli 2013 zum Abschluss eines Forschungs- und Entwicklungsvertrags.

Gemäß dem Forschungs- und Entwicklungsvertrag hat das Forschungsvorhaben eine Laufzeit von 13 Monaten und beinhaltet die folgenden Bestandteile:

- Eine Rechtsprechungsanalyse zu Haftungsausschlüssen und -beschränkungen im unternehmerischen Bereich.
- Eine Sichtung und Analyse branchenüblicher Klauseln zum Ausschluss bzw. zur Beschränkung der Haftung, die Dienstleistungsverträge (insbesondere Outsourcing), Finanzierungsverträge, Anlagebau- und Industriebauverträge, Unternehmenskaufverträge, Lieferverträge zwischen Zulieferer und Produzent, Transportverträge und Verträge über den Erwerb von Investitionsgütern umfasst.
- Eine Überprüfung, inwieweit Unternehmen dadurch unangemessen benachteiligt werden, dass die Rechtsordnungen der wichtigsten Handelspartner weitergehende Haftungsbeschränkungen zulassen; hier erfolgt eine Beschränkung auf die Rechtsordnungen von Frankreich, den USA, England, Österreich, der Schweiz und von Polen.

- Eine empirische Untersuchung anhand zweier Expertenbefragungen: Eine Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit und eine Umfrage unter Unternehmensjuristen jeweils unter Einsatz eines geschlossenen Online-Fragebogens.

Die ursprünglich vorgesehene Analyse der juristischen und ökonomischen Auswirkungen der in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis diskutierten Reformvorschläge auf branchenübliche Haftungsausschlüsse und -beschränkungen wurde vom Forschungsvorhaben ausgeschlossen, da keiner der Reformvorschläge explizit entsprechende Klauseln zum Gegenstand hat.

Schließlich hat das BMJV auf Rückfrage klargestellt, dass der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle, d.h. der Tatbestand des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB, nicht im Fokus des Forschungsvorhabens stehen soll.

C. Rechtsprechungsanalyse

I. Einführung

Die allgemeinen Regelungen im ersten Abschnitt des zweiten Buchs des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) (§§ 241 ff. BGB) gewähren den Parteien erhebliche Spielräume bei der Vereinbarung von Haftungsausschlüssen und Haftungsbeschränkungen. Indem § 276 Abs. 3 BGB anordnet, dass die Haftung für Vorsatz im Voraus nicht abbedungen werden kann, lässt die Norm im Umkehrschluss erkennen, dass ein Ausschluss der Haftung für einfache und grobe Fahrlässigkeit grundsätzlich möglich ist. Diese Spielräume werden durch § 278 S. 2 BGB noch einmal erweitert, der die Unanwendbarkeit von § 276 Abs. 3 BGB in Bezug auf die Haftung für Dritte anordnet. Insbesondere die Haftung für Erfüllungsgehilfen kann hiernach grundsätzlich selbst für vorsätzliches Handeln ausgeschlossen werden.

Bereits das Reichsgericht hat jedoch aufgezeigt, dass auch Haftungsbeschränkungen, die sich innerhalb der skizzierten Grenzen halten, unter Umständen unwirksam sein können.¹ Das gilt auch für den Rechtsverkehr zwischen Unternehmen, dem im Rahmen der Rechtsprechungsentwicklung sogar eine deutlich größere Bedeutung zukommt als Verbraucherverträgen. Die vom Reichsgericht begonnene Rechtsprechungsentwicklung wurde vom Bundesgerichtshof (BGH) fortgesetzt und hatte maßgeblichen Einfluss auf den Inhalt des am 1. April 1977 in Kraft getretenen Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), welches mit der Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2002 in die §§ 305 ff. BGB überführt wurde. Auch wenn die darin enthaltenen Regelungen nicht alle auf den unternehmerischen Rechtsverkehr anwendbar sind (vgl. § 310 Abs. 1 S. 1 BGB), hat der BGH auf ihrer Grundlage seine Rechtsprechung zu den Grenzen zulässiger Haftungsausschlüsse und Haftungsbeschränkungen in Verträgen zwischen Unternehmen weiter ausgebaut.

¹ Die nachfolgend unter II. analysierte Rechtsprechung des Reichsgerichts datiert dabei sogar teilweise aus der Zeit vor Inkrafttreten des BGB im Jahr 1900.

II. Rechtsprechung des Reichsgerichts

Die einschlägigen Entscheidungen des Reichsgerichts² betrafen sämtlich den Transportbereich und die dort verwandten vorformulierten Vertragsbedingungen in Form von Verfrachtungsbedingungen, Verladebedingungen, Allgemeinen Speditionsbedingungen, Konnossementklauseln etc. Die Kernaussage der Entscheidungen besteht darin, dass Haftungsbeschränkungen sittenwidrig i.S. des § 138 Abs. 1 BGB und damit unwirksam sein können, wenn sie auf einer marktbeherrschenden Stellung des Verwenders beruhen.³ Die marktbeherrschende Stellung konnte neben einem Monopol ihre Ursache auch darin haben, dass der Verwender zu einer Unternehmensgruppe gehört, „auf deren Inanspruchnahme ein bestimmter Kreis der Geschäftswelt bei der Abwicklung seiner Geschäfte angewiesen ist“.⁴ Das Gericht betonte jedoch, dass die Verwendung von Haftungsbeschränkungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen als solches noch nicht missbräuchlich und damit sittenwidrig ist.⁵ Das Sittenwidrigkeitssurteil setze vielmehr voraus, dass dem Verkehr unbillige, unverhältnismäßige Opfer auferlegt werden.⁶ Das sei insbesondere der Fall, wenn dem Publikum die anderweitige Wahrung seiner Interessen nicht möglich ist und es sich den Bedingungen unterwerfen müsse.⁷ Ob diese Voraussetzungen vorliegen, wurde meist auf Grundlage einer Gesamtabwägung entschieden, in deren Rahmen vielfältige Gesichtspunkte wie u.a. ein mit der Haftungsbeschränkung verbundener Preisvorteil⁸ oder das Angebot von Versicherungsschutz⁹ berücksichtigt wurden. Die Nachteile, die ein Haftungsausschluss mit sich bringt, sollten dabei durch anderweitige Vorteile des Kunden ausgeglichen werden können.¹⁰

² Die Analyse umfasst die folgenden zehn Entscheidungen: RGZ 11, 100; 20, 115; 25, 104; 52, 395; 62, 264; 99, 107; 102, 396; 103, 82; 106, 386; 115, 218.

³ RGZ 62, 264, 266; 102, 396, 397; 103, 82, 84; 106, 386, 388; 115, 218, 219 f. Lagen die Voraussetzungen einer marktbeherrschenden Stellung nicht vor, wurden Freizeichnungsklauseln unter Hinweis auf die Vertragsfreiheit für zulässig erachtet (RGZ 25, 104, 107; 11, 100, 110; 62, 395, 402).

⁴ RGZ 115, 218, 220, vgl. auch RGZ 20, 115, 117; 99, 107, 110.

⁵ RGZ 99, 107, 110,

⁶ RGZ 62, 264, 266.

⁷ RGZ 62, 264, 266.

⁸ RGZ 20, 115, 117; 99, 107, 111.

⁹ RGZ 20, 115, 117; 99, 107, 111.

¹⁰ RGZ 99, 107, 111 unter Hinweis auf RGZ 20, 115, 117.

In zwei Entscheidungen deutete das Reichsgericht an, dass auch unabhängig vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung eine Freizeichnung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Verwenders selbst bzw. eine Berufung auf eine derartige Freizeichnung ausgeschlossen ist.¹¹ Der Aspekt war in beiden Fällen jedoch nicht entscheidungserheblich, weil die Richter jeweils das Vorliegen eines entsprechenden Verschuldens verneint haben.¹²

In Anwendung der skizzierten Grundsätze ist das Reichsgericht in fünf von zehn Fällen zu dem Ergebnis gekommen, dass die streitgegenständlichen Freizeichnungsklauseln unwirksam sind.¹³ Ein Urteil erklärte den Ausschluss für eigenes Verschulden und das leitender Angestellter für unwirksam.¹⁴ Ein anderes betraf eine Klausel, mit der die Haftung für das Verschulden von Angestellten ausgeschlossen wurde.¹⁵ Die drei übrigen Entscheidungen hatten jeweils summenmäßige Haftungsbeschränkungen zum Gegenstand.¹⁶ In einer dieser Entscheidungen betonten die Richter, der mit der Haftungsbeschränkung einhergehende (Teil-)Ausschluss der Haftung für eigenes Verschulden bedeute eine gänzliche Umkehrung der vom Gesetzgeber gewollten und vom Verkehr als billig empfundenen Rechtslage.¹⁷ In einer der anderen Entscheidungen findet sich das Argument, es gehe dem Vertragspartner darum, die Ware und nicht einen auf Geld gerichteten Ersatzanspruch zu erlangen.¹⁸ Hierin kann man bereits erste Anzeichen der Entwicklung eines Freizeichnungsverbots für Kardinalpflichten erblicken.¹⁹

¹¹ RGZ 20, 115, 116; 25, 104, 107.

¹² Das Gericht nahm hiernach der Sache nach eine geltungserhaltende Reduktion der Freizeichnungsklauseln vor.

¹³ In RGZ 99, 107 wurde die Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen, weil weitere Feststellungen erforderlich seien.

¹⁴ RGZ 102, 396.

¹⁵ RGZ 62, 264

¹⁶ RGZ 103, 82; 106, 386; 115, 218.

¹⁷ RGZ 103, 82, 84.

¹⁸ RGZ 106, 386, 388.

¹⁹ Hierzu sogleich unter III.

III. Rechtsprechung vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes

Der BGH hat die vom Reichsgericht entwickelten Grundsätze aufgegriffen und fortgeführt.²⁰ Dabei ist er jedoch dazu übergegangen, die Inhaltskontrolle auf den in § 242 BGB normierten Grundsatz von Treu und Glauben statt auf den in § 138 BGB normierten Aspekt der Sittenwidrigkeit zu stützen.²¹ Mit diesem Wandel des legislativen Anknüpfungspunktes ging einher, dass eine Inhaltskontrolle auch unabhängig vom Vorliegen der marktbeherrschenden Stellung des Verwenders vorgenommen wurde.²² Unmissverständlich führten die Richter in einem Urteil aus dem Jahr 1968 aus, unabhängig vom „Monopolmissbrauch“ sei nicht hinnehmbar, dass „mit ausgeklügelten AGB eigene Interessen [...] rücksichtslos durchgesetzt werden können“.²³ Das Zitat belegt zugleich, dass die bis dahin meist nicht besonders betonte Vorformulierung der Klauseln eine stärkere Bedeutung erlangte.²⁴

Bereits im Jahr 1956 hat der BGH entschieden, dass die Haftung für grobe Fahrlässigkeit des Verwenders selbst und seiner leitenden Angestellten freizeichnungsfest ist.²⁵ Es sei mit den „Anforderungen eines billigen Ausgleichs zwischen den beiderseitigen Belangen der Parteien im Geschäftsverkehr“ unvereinbar, dass sich der Ver-

²⁰ Die nachfolgende Analyse umfasst die folgenden 17 Entscheidungen: BGH NJW 1956, 908 (= BGHZ 20, 164); NJW 1956, 1065; NJW 1961, 212 (= BGHZ 33, 216); MDR 1962, 114; NJW 1962, 1195; NJW 1963, 99 (= BGHZ 38, 183); MDR 1966, 914; NJW 1968, 1567 (= BGHZ 49, 356); NJW 1968, 1718; WM 1969, 561; NJW 1971, 1036; NJW 1973, 2107; VersR 1973, 1060; MDR 1976, 29; NJW 1976, 672 (= BGHZ 65, 364); VersR 1976, 1129; OLG München NJW 1955, 1319. Entscheidungen, die nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes auf Grundlage der Rechtslage vor dem Inkrafttreten ergingen, blieben unberücksichtigt, weil sie vielfach (gleichwohl) durch das AGB-Gesetz beeinflusst waren (vgl. BGH NJW 1978, 1430, 1431 (=BGHZ 71, 226)).

²¹ Vgl. BGH NJW 1956, 1065, 1066, wo in der Freizeichnung von Kardinalpflichten neben dem Verstoß gegen die guten Sitten wegen Ausnutzung einer bevorzugten Stellung auch ein Widerspruch gegen § 242 BGB gesehen wurde. Zum Wandel ferner auch BGH NJW 1961, 212, 213 (= BGHZ 33, 216); NJW 1968, 1718, 1720.

²² Zu den Hintergründen speziell im Speditionsgewerbe BGH NJW 1956, 908, 909.

²³ BGH NJW 1968, 1718, 1720.

²⁴ BGH WM 1969, 561, 563 („in AGB“); NJW 1971, 1035, 1038; vgl. bereits NJW 1963, 99, 100 (= BGHZ 38, 183), wo das Gericht darauf hinweist, bei der einseitigen Erstellung von AGB greife der Schutzgedanke des § 315 BGB ein.

²⁵ BGH NJW 1956, 908 (= BGHZ 20, 164); bestätigt in BGH NJW 1962, 1195; NJW 1963, 99 (= BGHZ 38, 183); in BGH MDR 1962, 114, 115 hat es das Gericht offen gelassen, ob anders zu entscheiden gewesen wäre, wenn (trotz grober Fahrlässigkeit) Versicherungsschutz gewährt worden wäre. Vgl. auch OLG München NJW 1955, 1319 ff.

tragspartner auch dann auf eine Haftungsbeschränkung berufen kann, wenn die gebotenen Sorgfaltspflichten vom Verwender bzw. von seinen leitenden Angestellten „in gröblicher Weise“ verletzt worden sind.²⁶ Als leitende Angestellte wurden im Folgenden solche Angestellte qualifiziert, die den Unternehmer im Geschäftsleben kraft ihrer allgemeinen und weitreichenden Vollmacht so ersetzen, dass sie gleichsam Repräsentant des Unternehmers sind.²⁷ Eine Ausnahme vom Freizeichnungsverbot für grobe Fahrlässigkeit des Verwenders selbst und seiner leitenden Angestellten erkannten die Richter jedoch für den Bereich der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp) aufgrund der darin vorgesehenen Haftungersetzung durch Versicherung an.²⁸

Ob der Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit von einfachen Erfüllungsgehilfen wirksam ist, wurde demgegenüber von den Umständen des Einzelfalls abhängig gemacht. In zwei Entscheidungen, in denen sich der Verwender auf eine summenmäßige Haftungsbeschränkung berief, haben die Richter diese auch insoweit für wirksam erachtet, als es um ihre Anwendbarkeit auf grob fahrlässiges Verhalten von Angestellten ging.²⁹ Zur Begründung wurde jeweils darauf abgestellt, für den Klauselgegner habe die Möglichkeit bestanden, sich gegen Schäden versicherungsmäßig abzudecken.³⁰ Zudem wurde der Zusammenhang zwischen der Haftungsbeschränkung und dem (niedrigen) Entgelt betont.³¹

Von erheblicher Bedeutung ist schließlich die Entwicklung eines Freizeichnungsverbots für sogenannte „Kardinalpflichten“.³² Hiernach ist die Haftung für Verpflichtungen, deren Beachtung erst die Voraussetzung für eine korrekte Vertragserfüllung schaffen, grundsätzlich in keiner Weise beschränkbar.³³ Als unzulässig erachtet wurde hiernach sowohl eine summenmäßige Haftungsbeschränkung³⁴ als auch der

²⁶ BGH NJW 1956, 908 (=BGHZ 20, 164).

²⁷ BGH NJW 1956, 1065, 1067.

²⁸ BGH VersR 1976, 1129, 1130.

²⁹ BGH NJW 1961, 212, 213 (= BGHZ 33, 216); NJW 1968, 1718, 1720.

³⁰ A.a.O.

³¹ A.a.O.

³² BGH NJW 1956, 1065, 1066; MDR 1966, 914.

³³ BGH VersR 1973, 1060, 1062; NJW 1973, 2107, 2108.

³⁴ BGH MDR 1976, 29, 30.

Ausschluss der Haftung für leichtes Verschulden von nicht leitenden Angestellten,³⁵ da hiervon jeweils auch die Haftung für die Verletzung von Kardinalpflichten betroffen war. Das Freizeichnungsverbot für Kardinalpflichten wurde zunächst für den Bereich der Seefracht entwickelt und bezog sich dort auf die Haftung von Frachtführern und Schiffseignern für die Fahr- und Ladungstüchtigkeit des Schiffes.³⁶ Noch vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes wurde der Gedanke jedoch auch auf Lagerverträge erstreckt.³⁷

IV. Rechtsprechung nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes

Nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes im Jahr 1977 haben der BGH und die Instanzgerichte die vorherige Rechtsprechung fortgeführt und präzisiert.³⁸ Sie konnten sich hierbei dadurch bestätigt sehen, dass die Schöpfer des AGB-Gesetzes in den Gesetzesmaterialien explizit auf die höchstrichterliche Rechtsprechung Bezug nahmen. Das gilt insbesondere für § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG³⁹ (heute: § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB), mit dem der Gesetzgeber ausdrücklich an die Kardinalpflichten-Rechtsprechung des BGH angeknüpft hat.⁴⁰ Nachfolgend wird dargestellt, welche Freizeichnungsverbote auf Grundlage der höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung im unternehmerischen Rechtsverkehr in AGB bestehen (1.) und welche Rolle das Transparenzgebot spielt (2.). Es folgt eine Analyse verschiedener Einzelaspekte (3.), eine kurze Statistik der untersuchten Rechtsprechung (4.) sowie eine Übersicht über die für die unternehmerische Praxis wichtigsten Freizeichnungsverbote anhand zweier Matrizen (5).

³⁵ BGH VersR 1973, 1060, 1061.

³⁶ BGH MDR 1976, 29, 30; NJW 1968, 1567, 1568 (= BGHZ 49, 356); NJW 1976, 672, 673 (= BGHZ 65, 364).

³⁷ BGH WM 1969, 561 (für die Herausgabepflicht eingelagerter Ware); NJW 1963, 99, 100 (= BGHZ 38, 183) (für Verpflichtung aus dem Lagervertrag, die Ware nur an den Berechtigten herauszugeben).

³⁸ Siehe vollständige Auflistung der analysierten Entscheidungen in Fn. 130 und 131. Entscheidungen, die nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes ergingen, aber denen die Rechtslage vor Inkrafttreten zugrunde lag, blieben grundsätzlich unberücksichtigt.

³⁹ Im ursprünglichen Entwurf § 7 Abs. 2 Nr. 2 AGBG-E.

⁴⁰ BT-Drucks. 7/3919, S. 23.

1. Freizeichnungsverbote

a) Freizeichnungsverbot für Körper- und Gesundheitsschäden

Der BGH hat klargestellt, dass das Regelungsanliegen des § 309 Nr. 7a BGB auch im unternehmerischen Rechtsverkehr zu beachten ist und ein Ausschluss der Haftung für Körper- und Gesundheitsschäden daher nicht in Betracht komme.⁴¹ Der bezweckte Schutz besonders wichtiger persönlicher Rechtsgüter lasse keinen Raum für eine Differenzierung zwischen Unternehmern und Verbrauchern.⁴²

b) Freizeichnungsverbot für wesentliche Vertragspflichten (Kardinalpflichten)

Wie bereits ausgeführt, hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zur Vorgängernorm von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ausdrücklich auf die Kardinalpflicht-Rechtsprechung des BGH Bezug genommen.⁴³ In der Folge überrascht es nicht, dass der BGH seine diesbezügliche Rechtsprechung nach Inkrafttreten des AGBG weiter ausgebaut hat.⁴⁴ Der Begriff der „Kardinalpflicht“ wird dabei nach und nach durch den der „wesentlichen (Vertrags-)Pflicht“ ergänzt bzw. ersetzt.⁴⁵ Da § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unterschiedslos sowohl auf den Geschäftsverkehr mit Unternehmern als auch mit Verbrauchern Anwendung findet, spielt die entsprechende Differenzierung in der Rechtsprechung keine grundsätzliche Rolle. Konsequenz der Qualifikation einer Vertragspflicht als „wesentlich“ ist, dass die Haftung für deren Verletzung grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden kann. Relevant ist dies vor allem für die Konstellation der leichten

⁴¹ BGH NJW 2007, 3774, 3775 (= BGHZ 174, 1); dem folgend OLG Karlsruhe, NJW-RR 2009, 1322, 1323.

⁴² BGH NJW 2007, 3774, 3775 (= BGHZ 174, 1).

⁴³ Nachweis Fn. 40.

⁴⁴ BGH NJW 1984, 1350, 1351 (= BGHZ 89, 363); NJW 1985, 914, 916; NJW 1985, 623, 628 (= BGHZ 93, 29); NJW 1985, 2258, 2261 (= BGHZ 95, 170); NJW-RR 1988, 559, 562; NJW 1991, 2630, 2632; NJW 1993, 335; NJW-RR 1996, 783, 788; NJW-RR 1998, 1426, 1427; NJW-RR 2000, 998, 999; TranspR 2002, 448, 450.; OLG München NJW-RR 1994, 742; ; OLG Köln, NJW-RR 1998, 1274, 1275; Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang BGH NJW-RR 2005, 1496, 1505 (= BGHZ 164, 11), wo die Richter den Begriff der Kardinalpflicht in AGB als „intransparent“ im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB qualifizieren (näher dazu unter 2.).

⁴⁵ Vgl. u.a. OLG Hamburg, VersR 1985, 57, 58 (Kardinalpflicht); BGH NJW 1985, 623, 627 (= BGHZ 93, 29) (wesentliche Pflichten); NJW-RR 1986, 271, 272 (wesentliche Vertragspflichten); NJW 1985, 2258, 2261 (= BGHZ 95, 170) (Kardinalpflichten); NJW-RR 1988, 559, 561 (wesentliche Pflicht); NJW 1990, 255 (= BGHZ 108, 348) (Kardinalpflicht); NJW 1991, 2630, 2623 (wesentliche Pflicht); NJW 1992, 2016, 2017 (wesentliche Pflichten, sog. Kardinalpflichten); NJW 1993, 335 (wesentliche Pflichten); NJW 1999, 1031, 1032 (Kardinalpflicht).

Fahrlässigkeit.⁴⁶ Möglich soll lediglich eine Haftungs*beschränkung* sein, die jedoch die Ersatzfähigkeit des vertragstypischen, vorhersehbaren Schadens unberührt lassen muss.⁴⁷

In der Rechtsprechung finden sich unterschiedliche Anhaltspunkte dafür, wann eine Vertragspflicht als „wesentlich“ zu qualifizieren ist.⁴⁸ Verbreitet ist die am Wortlaut des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB angelehnte Formulierung, die Pflicht müsse von besonderer Bedeutung für die Erreichung des Vertragszwecks sein.⁴⁹ Teilweise wird aber auch mit Blick auf den Gesetzeswortlaut betont, die Gefährdung des Erreichens des Vertragszwecks sei ein zusätzliches von der Wesentlichkeit der Vertragspflicht zu unterscheidendes Merkmal.⁵⁰ In Anknüpfung an die ältere Rechtsprechung lautet eine andere Umschreibung, es müsse sich um eine Pflicht handeln, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertraut und vertrauen darf.⁵¹ Eine Entscheidung des BGH zu einem Lagervertrag deutet an, dass vertragliche Hauptleistungspflichten stets wesentlich sind.⁵² Als wesentlich qualifiziert wurde auch die Verpflichtung des Verkäufers zur fristgerechten Lieferung.⁵³ In der „Tankschecksystem“-Entscheidung des BGH haben die Richter darüber hinaus betont, dass auch Nebenpflichten wesentlich seien, sofern ihnen für die Erreichung des Vertragszwecks besondere Bedeutung

⁴⁶ BGH NJW 1994, 1060, 1063 (= BGHZ 124, 351); NJW-RR 2001, 342, 343; TranspR 2002, 448, 450; NJW 1993, 335. Allerdings hat der BGH auch die Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses für grob fahrlässige Pflichtverletzungen zum Teil auf die Kardinalpflichten-Rechtsprechung gestützt und konnte auf diese Weise der Frage ausweichen, ob ein Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit im unternehmerischen Rechtsverkehr grundsätzlich ausgeschlossen ist (u.a. BGH NJW 1984, 1350, 1351 (= BGHZ 89, 363); NJW 1985, 914, 916).

⁴⁷ Hierzu sogleich unter d.

⁴⁸ Aus der Literatur ausführlich *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 307 Rn. 287 ff. m.w.N.

⁴⁹ BGH NJW 1985, 914, 916; ähnliche Formulierung in BGH TranspR 2002, 448, 450; NJW 1993, 335; NJW-RR 2001, 342, 343.

⁵⁰ BGH NJW 1988, 1785, 1787 (= BGHZ 103, 316); NJW 2001, 292, 302 (= BGHZ 145, 203); für AGB gegenüber Verbrauchern auch BGH NJW 1990, 761, 764.

⁵¹ U.a. BGH NJW 1985, 3016, 3018; TranspR 2002, 448, 450; NJW-RR 1996, 783, 788.

⁵² BGH NJW 1984, 1350, 1351 (= BGHZ 89, 363), für die Verpflichtung des Lagerhalters, das eingelagerte Lebensmittel einzufrieren und gekühlt zu lagern. Siehe auch BGH NJW 1993, 335; NJW-RR 1996, 783, 788. Das entspricht auch der ganz herrschenden Lehre, statt vieler *Fuchs* (Fn. 48), § 307 Rn. 274 m.w.N.

⁵³ BGH NJW 1994, 1060, 1063 (= BGHZ 124, 351); ebenso OLG Köln, NJW-RR 1998, 1274, 1275 für einen Vertrag über die Lieferung von Hard- und Software.

zukomme.⁵⁴ Im konkreten Fall begründeten die Richter das Vorliegen dieser Voraussetzung vor allem damit, dass der Verwender mit der Leistung, die Gegenstand der streitgegenständlichen Pflicht war, explizit geworben habe (Abrechnung der Tankschecks) und es daher widersprüchlich sei, wenn er sich diesbezüglich freizeichne.⁵⁵

In wenigen Fällen hat die Rechtsprechung Ausnahmen vom Freizeichnungsverbot für wesentliche Vertragspflichten zugelassen bzw. dessen Grenzen angedeutet. So hat der BGH in einer Reihe von Entscheidungen zu den Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp) die Freizeichnung von wesentlichen Vertragspflichten akzeptiert.⁵⁶ Die Verpflichtung des Spediteurs auf Auslieferung des Guts sei zwar als wesentliche Vertragspflicht zu qualifizieren.⁵⁷ Die darauf bezogene Klausel der ADSp, in der sich die Spediteure freizeichnen, soweit ein Schaden von der Speditionsversicherung gedeckt ist, benachteilige den Vertragspartner aber nicht unangemessen, da keine Einschränkung vertragswesentlicher Rechte vorliege, die zu einer Gefährdung der Erreichung des Vertragszwecks führe.⁵⁸ Aufmerksamkeit erregt hat des Weiteren die Werftwerk-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1988.⁵⁹ In ihr haben die Richter die Pflicht des Werftunternehmens, das zu reparierende Schiff vor Beschädigungen zu schützen, zwar als wesentlich qualifiziert. Den entsprechenden Haftungsausschluss hielten sie aber gleichwohl für wirksam, weil die Pflichtverletzung nicht die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet habe. Zur Begründung verwiesen sie darauf, dass der Auftraggeber in der Lage gewesen sei, die Werftarbeiten selbst zu überwachen (die

⁵⁴ BGH NJW 1985, 914, 916. Ähnlich BGH NJW 1988, 1785, 1786 (= BGHZ 103, 316); NJW 1992, 2016, 2017. Vgl. auch BGH NJW-RR 1986, 271, 272, wo die Inanspruchnahme besonderen Vertrauens allerdings als eigenständiger Grund für die Unangemessenheit gewertet wurde, der ein Abstellen auf die Figur der Kardinalpflicht entbehrlich mache.

⁵⁵ A.a.O.

⁵⁶ BGH VersR 1981, 975, 977 (auf Grundlage der Rechtslage vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes); NJW 1986, 1434, 1435 (= BGHZ 96, 136), NJW-RR 1988, 1437, 1438, wobei der BGH jeweils nicht explizit auf den Begriff der wesentlichen Vertragspflicht Bezug nahm. Die Entscheidungen betrafen die Ziff. 41a ADSp a.F., die nach Wegfall der Speditionsversicherung in dieser Form nicht mehr existiert (näher zur Entwicklung des Versicherungsschutzes im Transportbereich *Valder*, TranspR 2010, 27, 30; *Bahnßen* in Ebenroth/Boujong/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2009, Vor Ziff. 1 ADSp, Rn. 1ff.).

⁵⁷ BGH NJW-RR 1988, 1437.

⁵⁸ A.a.O.

⁵⁹ BGH NJW 1988, 1785 (= BGHZ 103, 316).

Schiffsbesatzung blieb an Bord), und der Schaden von seiner branchenüblichen Kas-koversicherung umfasst gewesen sei.⁶⁰

Aus der Rechtsprechung der Obergerichte ist zunächst eine Entscheidung des OLG Hamburg zu nennen, in der es um die Aufbewahrung der Ladung im Rahmen eines Frachtvertrags ging. Die Richter verneinten die Wesentlichkeit der Aufbewahrungspflicht, da es sich bei ihr lediglich um eine Nebenpflicht zu der im Vordergrund stehenden Transportleistung handele.⁶¹ Das OLG Bremen hat in einer anderen Entscheidung den Haftungsausschluss in den AGB eines Umschlagbetriebs in einem Fall für wirksam erachtet, in dem dessen Erfüllungsgehilfen es schuldhaft zugelassen hatten, dass Dritte die umgeschlagenen Kfz des Kunden beschädigen.⁶² Unabhängig davon, ob es sich bei den infrage stehenden Pflichten um Kardinalpflichten handele, sei der Haftungsausschluss (auch für grobe Fahrlässigkeit einfacher Erfüllungsgehilfen) nicht unangemessen im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG (heute § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB), da die Erreichung des Vertragszwecks nicht gefährdet sei.⁶³ Die Richter begründeten dies im Einzelnen damit, dass die Kunden des Umschlagbetriebs typischerweise durch eine Transportversicherung gegen entsprechende Schäden versichert seien, eine gleichwohl erzwungene zusätzliche Verantwortlichkeit des Umschlagbetriebs daher keinen Sinn mache, sondern zwangsläufig zu einer Umlage der Kosten auf die Kunden führe. Zudem betreffe der Haftungsausschluss Risiken, die seitens des Umschlagbetriebs nicht beherrschbar seien.⁶⁴

Der BGH selbst hat im Anschluss an die Werftwerk-Entscheidung verschiedentlich ausdrücklich deren Ausnahmecharakter betont. In einem ebenfalls die Reparatur durch ein Werftunternehmen betreffenden Fall verneinten die Richter die Angemessenheit der Freizeichnungsklausel mit dem Hinweis, der Auftraggeber habe

⁶⁰ BGH NJW 1988, 1785, 1787 (= BGHZ 103, 316).

⁶¹ OLG Hamburg VersR 1985, 57.

⁶² OLG Bremen VersR 1987, 772.

⁶³ OLG Bremen VersR 1987, 772, 773.

⁶⁴ A.a.O.

über „keine nennenswerte Mannschaft“ verfügt und daher das Risiko nicht durch eigene Überwachung beherrschen können.⁶⁵ Zudem wurde moniert, dass sich die Freizeichnungsklausel auch auf Pflichtverletzungen des Werftunternehmers selbst erstreckte und dies den Versicherungsschutz des Auftraggebers gefährde.⁶⁶ In einem die Bedingungen des Verbands Deutscher Maschinen- und Anlagebau e.V. (VDMA) betreffenden Urteil, betonten die Richter, dass die Situation im Anlagenbau nicht mit der in der Werftwerk-Entscheidung von 1988 vergleichbar sei.⁶⁷ Der Besteller der Anlagen sei nicht in der Lage, den Herstellungsvorgang und den Einbau der Anlage zu überwachen und auch ein entsprechender Versicherungsschutz des Bestellers sei nicht branchenüblich.

Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass nach Auffassung der Rechtsprechung auch im unternehmerischen Rechtsverkehr eine formularmäßige vollständige Freizeichnung von der Haftung für die Verletzung von wesentlichen Vertragspflichten grundsätzlich unzulässig ist. Die Entscheidungen, in denen ein Verstoß gegen das Freizeichnungsverbot verneint wurde, sind in der deutlichen Minderzahl und weisen ersichtlich Ausnahmecharakter auf. Maßgebliche Gesichtspunkte, mit denen die Rechtsprechung den Ausnahmecharakter im Einzelfall begründet hat, waren vor allem (i) die Möglichkeit des Klauselgegners zur Schadensprävention, (ii) die geringe Einwirkungs- bzw. Überwachungsmöglichkeit des Klauselverwenders, (iii) das branchenübliche Bestehen von Versicherungsschutz des Klauselgegners und (iv) die negativen Auswirkungen einer (unbeschränkten) Haftung auf die Preisgestaltung.

c) Freizeichnungsverbot für grobe Fahrlässigkeit

Das zuvor bereits aus § 242 BGB entwickelte Verbot der Freizeichnung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Verwenders und seiner leitenden Angestellten wurde vom BGH auch nach Inkrafttreten des AGBG nicht infrage gestellt.⁶⁸ Eine Ausnahme

⁶⁵ BGH NJW-RR, 1989, 953, 956.

⁶⁶ A.a.O.

⁶⁷ BGH NJW-RR 1996, 783, 789.

⁶⁸ Vgl. u.a. BGH NJW 1984, 1350 (= BGHZ 89, 363); NJW 1999, 1031, 1032; NJW-RR 1988, 1437, 1438; NJW-RR 1996, 783, 788; NJW-RR 1989, 992 f.; BGH NJW 1985, 2258, 2261 (= BGHZ 95, 170).

blieb die Haftungsersetzung durch Versicherung im Rahmen der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp), sofern eine tatsächliche Deckung vorlag.⁶⁹

Nicht vollständig geklärt war lange Zeit jedoch, ob das Freizeichnungsverbot für grobe Fahrlässigkeit auch bezüglich der Haftung für einfache Erfüllungsgehilfen gilt. Der Sache nach geht es insoweit um die Frage, ob § 309 Nr. 7b BGB, der das Freizeichnungsverbot für grobe Fahrlässigkeit auch auf Erfüllungsgehilfen erstreckt, im unternehmerischen Rechtsverkehr eine Indizwirkung entfaltet. Nachdem der BGH die Erstreckung des Freizeichnungsverbots für grobe Fahrlässigkeit auf einfache Erfüllungsgehilfen zunächst in einer Reihe von Entscheidungen offen ließ,⁷⁰ hat er sie in einem Urteil aus dem Jahr 2007 der Sache nach bejaht.⁷¹ Unter Berufung auf § 310 Abs. 1 S. 2 BGB betonen die Richter, dass bei der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr die in den Klauselverböten zum Ausdruck kommenden Wertungen berücksichtigt werden sollen, soweit sie übertragbar sind. Konkret für § 309 Nr. 7b BGB wurde die Übertragbarkeit ausdrücklich bejaht.⁷² Auch wenn das Urteil nicht explizit zwischen der Haftung des Verwenders (und seinen leitenden Angestellten) einerseits und einfachen Erfüllungsgehilfen andererseits unterscheidet, impliziert die Argumentation, dass das Freizeichnungsverbot für grobe Fahrlässigkeit auch für Letztere gilt.

Es gab in der Vergangenheit allerdings auch Entscheidungen, in denen die Rechtsprechung im unternehmerischen Rechtsverkehr die Freizeichnung für grob fahrlässiges Fehlverhalten einfacher Erfüllungsgehilfen gebilligt hat. Am bekanntesten ist insoweit die bereits erwähnte Werftwerk-Entscheidung des BGH.⁷³ Zwar gingen die Richter auch in ihr bereits im Grundsatz von einer Indizwirkung des § 309 Nr. 7b BGB aus, sahen diese aufgrund der Besonderheiten des Falls im Ergebnis aber als entkräftet an.⁷⁴ Die Gründe waren insoweit dieselben, mit denen die Richter im konkreten Fall auch das Freizeichnungsverbot für wesentliche Vertragspflichten als nicht einschlägig

⁶⁹ BGH MDR 1982, 113.

⁷⁰ BGH NJW 1985, 914, 915; NJW 1984, 1350, 1351 (= BGHZ 89, 363); NJW 1985, 2258, 2261 (= BGHZ 95, 170)] vgl. auch OLG Frankfurt ZIP 1984, 976 f.; zum Meinungsbild in der Literatur *Schwab*, AGB-Recht, 2. Aufl. 2014, Rn. 923 mit Fn. 247.

⁷¹ BGH NJW 2007, 3774, 3775 (= BGHZ 174, 1).

⁷² A.a.O.

⁷³ BGH NJW 1988, 1785 (= BGHZ 103, 316). Hierzu bereits unter b).

⁷⁴ BGH NJW 1988, 1785, 1787.

erachtet haben (insbesondere die Präventionsmöglichkeit des Auftraggebers und der branchenübliche Versicherungsschutz). Ebenfalls in diesem Zusammenhang zu nennen sind die bereits zuvor erwähnten Entscheidungen des BGH zu den ADSp, in denen zum Teil sogar der Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit des Verwenders und seiner leitenden Angestellten gebilligt wurde.⁷⁵ Maßgeblich war insoweit stets die Besonderheit, dass die Haftung des Spediteurs durch die Gewährung von Versicherungsschutz ersetzt wurde.

Aus der Rechtsprechung der Obergerichte sind in diesem Zusammenhang dieselben beiden Entscheidungen zu nennen, die bereits im Zusammenhang mit dem Freizeichnungsverbot von wesentlichen Vertragspflichten genannt wurden.⁷⁶ In beiden Fällen betraf der Haftungsausschluss auch die Haftung für grobe Fahrlässigkeit einfacher Erfüllungsgehilfen. Das OLG Hamburg verwies in diesem Zusammenhang darauf, der Transport auf Binnengewässern sei mit erheblichen Gefahren verbunden, die sich auch bei ordnungsgemäßer Betriebsführung nicht ausschließen lassen.⁷⁷ Das OLG Bremen konstatierte, der Haftungsausschluss stehe zwar im Gegensatz zu § 11 Nr. 7 AGBG (heute § 309 Nr. 7 BGB). Mit Blick auf den seitens des Kunden typischerweise bestehenden Versicherungsschutz und den Umstand, dass die betroffenen Risiken vom Umschlagbetrieb nicht beherrschbar seien, qualifizierten sie den Haftungsausschluss aber gleichwohl als angemessen.

Resümierend lässt sich festhalten, dass nach Auffassung der Rechtsprechung § 309 Nr. 7b BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr Indizwirkung entfaltet und hiernach grundsätzlich ein umfassendes Freizeichnungsverbot für grobe Fahrlässigkeit besteht. Nur in Ausnahmefällen wurden hiervon Abweichungen zugelassen. Die insoweit maßgeblichen Erwägungen sind nahezu identisch mit denen, mit denen auch die Abweichungen vom Freizeichnungsverbot von wesentlichen Vertragspflichten begründet wurden.⁷⁸

⁷⁵ BGH VersR 1976, 1129, 1130. Siehe bereits oben bei Fn. 28.

⁷⁶ OLG Hamburg VersR 1985, 57 f.; OLG Bremen VersR 1987, 772.

⁷⁷ OLG Hamburg VersR 1985, 57 f.

⁷⁸ Hierzu zuvor unter b).

**d) Freizeichnungsverbot für vertragstypische Schäden
(Voraussehbarkeitsformel)**

Neben dem vollständigen Haftungsausschluss hat sich die Rechtsprechung vielfach auch mit der Frage auseinandersetzen müssen, inwieweit Schadensersatzansprüche durch die Vereinbarung von Haftungshöchstsummen oder den Ausschluss bestimmter Schadenspositionen (Folgeschäden, entgangener Gewinn) *beschränkt* werden können. Generelle Haftungsbeschränkungen ohne Differenzierung nach dem in Betracht kommenden Personenkreis oder dem in Betracht kommenden Verschuldensgrad werden als unwirksam erachtet, weil durch sie in unzulässiger Weise auch die Haftung für vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten von Organen und leitenden Angestellten eingeschränkt werde.⁷⁹ Insoweit soll es dann auch nicht darauf ankommen, ob der verbleibende Ersatzanspruch den vorhersehbaren Schaden umfasst⁸⁰ oder der Schaden versicherungsmäßig abgedeckt ist.⁸¹

Haftungsbeschränkungen, die lediglich die Haftung für einfache Fahrlässigkeit betreffen, sind demgegenüber grundsätzlich in AGB möglich. Sofern sie allerdings auch die Haftung für die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten umfassen, setzt ihre Wirksamkeit nach ständiger Rechtsprechung voraus, dass die Ersatzfähigkeit „vertragstypischer, vorhersehbarer Schäden“ gewährleistet bleibt.⁸² Hintergrund dieser „Vorhersehbarkeitsformel“ ist die auf der Kardinalpflichten-Rechtsprechung aufbauende Annahme, eine weitergehende Beschränkung würde die Erreichung des Vertragszwecks gefährden und verstoße daher gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.⁸³ Das

⁷⁹ BGH NJW-RR 1998, 1426, 1429; NJW 1999, 1031, 1032; NJW 1999, 1031, 1032; OLG Düsseldorf, VersR 1991, 240; für vertragswesentliche Pflichten auch BGH NJW-RR 1989, 953, 955.

⁸⁰ BGH NJW 1999, 1031, 1032.

⁸¹ BGH NJW 1999, 1031, 1032; NJW-RR 1989, 953, 956.

⁸² BGH NJW 1985, 3016, 3018 (typisch, vorhersehbar); NJW 1993, 335, 336 (vertragstypisch, vorhersehbar); NJW 1984, 1350, (= BGHZ 89, 363) (vorhersehbar); OLG Celle BauR 2014, 134; OLG Hamm, VersR 2005, 1074, 1077; BGH NJW 1993, 335, 336; NJW 1999, 1031, 1032; NJW-RR 2006, 267, 269 (voraussehbar). Das Freizeichnungsverbot für vertragstypische Schäden ist hiernach systematisch nur ein Unterfall des Freizeichnungsverbots für wesentliche Vertragspflichten (hierzu zuvor unter b)).

⁸³ BGH NJW 1993, 335, 336.

Freizeichnungsverbot für vertragstypische Schäden ist hiernach systematisch ein Unterfall des Freizeichnungsverbots für wesentliche Vertragspflichten.⁸⁴ Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass die auf Grundlage der Vorhersehbarkeitsformel bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten äußerst gering sind. Da auf Grundlage der herrschenden Adäquanztheorie besonders ungewöhnliche Schadensverläufe ohnehin den haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang ausschließen,⁸⁵ dürfte eine vertragliche Begrenzung der Ersatzpflicht auf den vorhersehbaren Schaden kaum (zusätzliche) Wirkung entfalten.⁸⁶

Ob die Vorhersehbarkeitsformel auch für die Haftung wegen grober Fahrlässigkeit gilt, ist nicht endgültig geklärt.⁸⁷ Mit Blick auf die von der Rechtsprechung postulierte Indizwirkung des § 309 Nr. 7b BGB liegt es nahe, im Bereich der groben Fahrlässigkeit von einem absoluten Freizeichnungsverbot auszugehen, und daher selbst eine Beschränkung der Ersatzpflicht auf den vorhersehbaren Schaden für unzulässig zu erachten.⁸⁸ Angesichts der geringen Wirkung, die eine der Vorhersehbarkeitsformel genügende Haftungsbeschränkung entfaltet, erscheint die Frage indes wenig praxisrelevant.

Als unvereinbar mit der Vorhersehbarkeitsformel hat der BGH eine Klausel qualifiziert, die die Entschädigungspflicht bei der Textilveredelung auf den Wert der zur Veredelung gelangten Rohware beschränkt.⁸⁹ Begründet wurde dies damit, dass der Auftraggeber die Weiterverarbeitung der Waren beabsichtige und der ihm im Verhältnis zu seinem Abnehmer typischerweise entstehende Folgeschaden daher über den

⁸⁴ Siehe oben unter b.

⁸⁵ BGH NJW-RR 1998, 138, 140; NJW 2005, 1420, 1421.

⁸⁶ So auch die Einschätzung von *Paulusch*, DWiR 1992, 182, 189.

⁸⁷ Offengelassen in BGH NJW 2007, 3774, 3776 (= BGHZ 174, 1). BGH NJW-RR 2006, 267, 269 lässt zumindest die Deutung zu, dass eine Haftungsbeschränkung auf den vorhersehbaren Schaden auch für den Fall in Betracht kommt, dass ein einfacher Erfüllungsgehilfe grob fahrlässig oder gar vorsätzlich gehandelt hat (so auch die Formulierung von Ziff. 27.1 ADSp in ihrer aktuellen Fassung). Demgegenüber hat der BGH in VersR 1987, 935 f. eine Haftungsbeschränkung, die auch die Haftung von Organen und leitenden Angestellten des Verwenders für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit umfasst, für per se unwirksam erachtet und nicht an der Vorhersehbarkeitsformel gemessen.

⁸⁸ Hierzu auch noch unter 4.b. In der Literatur ist die Frage umstritten (vgl. *Dammann* in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 309 Nr. 7 Rn. 164 m.w.N.).

⁸⁹ BGH NJW 1985, 3016 ff.

Wert der Rohware hinausgehe.⁹⁰ Ebenfalls konnte eine Klausel nicht der Vorhersehbarkeitsformel standhalten, kraft derer im Zusammenhang mit der Kaltlagerung von Waren der Höchstbetrag des Schadensersatzes auf ein Vielfaches des Lagerentgeltes beschränkt wurde.⁹¹ Eine Beschränkung, die nicht auf den Wert der Güter, sondern auf das Leistungsentgelt abstelle, sei unangemessen, weil der Vertragszweck nicht erreicht werden könne, wenn der Einlagerer lediglich einen Schadensersatz von einem Bruchteil der eingelagerten Güter erhalte. Demgegenüber wurde die summenmäßige Haftungsbeschränkung eines Paketbeförderungsdienstes für wirksam erachtet, der es seinem Kunden ermöglichte, durch Angabe des tatsächlichen Werts der Sendung eine Erhöhung des Haftungshöchstbetrags auf diesen Wert zu erreichen.⁹²

Zwei Fälle sind bekannt, in denen Ausnahmen von der Vorhersehbarkeitsformel akzeptiert wurden. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1989 qualifizierte der BGH eine Klausel als angemessen, mit der ein Energiewerk seine Haftung (auch für grobe Fahrlässigkeit) auf 5.000 DM pro Kunde beschränkt hatte.⁹³ Zur Begründung beriefen sich die Richter auf eine vergleichbare Haftungsbeschränkung in der *Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden*, der „Leitbildfunktion im weiteren Sinne“ zugemessen wurde.⁹⁴ Sonderkunden bedürften keines stärkeren Schutzes als Tarifkunden. Ferner wiesen sie darauf hin, dass eine Erhöhung des Haftungsrisikos unweigerlich mit Preiserhöhungen verbunden sei und dies dem Ziel einer preisgünstigen Energieversorgung zuwiderlaufe.⁹⁵ In einer anderen Entscheidung hat das OLG Köln die Haftungsbeschränkung eines Telekommunikationsanbieters gegenüber einem unternehmerischen Kunden auf 15.000 € pro Schadensfall für wirksam erachtet.⁹⁶ Auch wenn sich die Richter nicht explizit für eine Abweichung

⁹⁰ BGH NJW 1985, 3016, 3018.

⁹¹ BGH NJW 1984, 1350, 1351 (= BGHZ 89, 363).

⁹² BGH TranspR 2002, 448, 450.

⁹³ BGH NJW 1998, 1640 ff. (= BGHZ 138, 118).

⁹⁴ BGH NJW 1998, 1640, 1641 (= BGHZ 138, 118).

⁹⁵ A.a.O.

⁹⁶ OLG Köln, CR 2013, 153 ff.

von der Vorhersehbarkeitsformel aussprachen, war diese mit Blick auf den dem Kunden entstandenen Schaden in Höhe eines sechsstelligen Betrags offenkundig.⁹⁷ Zur Begründung beschränken sich die Richter im Wesentlichen auf den Hinweis, dass es sich um ein „Massengeschäft“ handle und die Haftungsbegrenzung mit Blick auf die schwere Kalkulierbarkeit möglicher Schäden „verständlich“ sei.⁹⁸

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Formel des BGH, wonach auch die Haftung für einfache Fahrlässigkeit im Bereich wesentlicher Vertragspflichten nicht über den vertragstypischen, vorhersehbaren Schaden hinaus eingeschränkt werden kann, gefestigter Rechtsprechung entspricht. Die den Vertragsparteien hiernach verbleibenden Gestaltungsspielräume sind mit Blick auf die Adäquanztheorie, wonach besonders ungewöhnliche Schadensverläufe ohnehin keine Ersatzpflicht begründen, marginal. Die vom BGH im Zusammenhang mit einem Stromliefervertrag gewährte Abweichung von der Vorhersehbarkeitsformel erscheint nicht verallgemeinerungsfähig.⁹⁹ Gleiches gilt aufgrund der rudimentären Entscheidungsbegründung für das Urteil des OLG Köln zur Haftung eines Telekommunikationsanbieters.¹⁰⁰

2. Transparenzgebot

Freizeichnungsklauseln können auch wegen eines Verstoßes gegen das in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB normierte Transparenzgebot unwirksam sein. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2005 hat der BGH die auf den Begriff der Kardinalpflicht bezugnehmende Klausel in einem Kfz-Vertragshändlervertrag als unwirksam qualifiziert, weil von „einem durchschnittlichen Vertragshändler als juristischem Laien [...] nicht erwartet werden [könne], dass er den Inhalt der BGH-Rechtsprechung zu den so genannten „Kardinalpflichten“ kennt.“¹⁰¹ Das OLG Braunschweig hielt eine Regelung in den Allgemeinen Vertragsbestimmungen zum Architektenvertrag (AVA) für unvereinbar mit dem Transparenzgebot, die eine Beschränkung der Haftung auf versicherbare Schäden

⁹⁷ In der Entscheidungsbegründung findet sich auch kein Hinweis darauf, dass der konkret entstandene Schaden unvorhersehbar hoch gewesen ist.

⁹⁸ OLG Köln CR 2013, 153, 155.

⁹⁹ BGH NJW 1998, 1640 ff. (= BGHZ 138, 118).

¹⁰⁰ OLG Köln, CR 2013, 153 ff.

¹⁰¹ BGH NJW-RR 2005, 1496, 1505 f.

vorsah.¹⁰² Der durchschnittliche Auftraggeber könne nicht erkennen, welche Schäden unter die Haftungsbeschränkung fallen.¹⁰³

3. Bedeutung von Einzelaspekten

a) Indizwirkung der Klauselverbote

In der bereits erwähnten Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2007, hat sich das Gericht explizit zur Indizwirkung der Klauselverbote im Allgemeinen sowie insbesondere der des § 309 Nr. 7 BGB geäußert.¹⁰⁴ Eine gegen die Klauselverbote verstoßende Regelung ist hiernach grundsätzlich als unangemessen zu qualifizieren, „es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden.“¹⁰⁵ Gleichwohl ist festzustellen, dass speziell im Zusammenhang mit Freizeichnungsklauseln die Rechtsprechung zur Begründung der Unangemessenheit eher selten auf die Indizwirkung der Klauselverbote rekurriert. Hintergrund ist, dass das die Rechtsprechungspraxis dominierende Verbot der Freizeichnung von wesentlichen Vertragspflichten aus der unmittelbar auch für den unternehmerischen Rechtsverkehr geltenden Regelung des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB abgeleitet wird und es einer Bezugnahme auf die Klauselverbote insoweit nicht bedarf.¹⁰⁶

b) Branchenüblichkeit

§ 310 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB verlangt, dass bei der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen ist.¹⁰⁷ In der Rechtsprechungspraxis des BGH und der Obergerichte spielt der Aspekt der Branchenüblichkeit als Argument für

¹⁰² OLG Braunschweig BauR 2009, 122 f.

¹⁰³ Siehe ferner OLG Köln NJOZ 2011, 1056, 1057 (Formulierung einer Verjährungsregelung in einem Handelsvertretervertrag).

¹⁰⁴ BGH NJW 2007, 3774, 3775 (= BGHZ 174, 1); zuvor bereits NJW 1984, 1750, 1751 (= BGHZ 90, 273); NJW 1988, 1785, 1788 (= BGHZ 103, 316); OLG Hamm NJW-RR 1996, 969 (Unwirksamkeit „in der Regel auch im unternehmerischen Verkehr“).

¹⁰⁵ BGH NJW 2007, 3774, 3775 (= BGHZ 174, 1); NJW 1984, 1750, 1751 (= BGHZ 90, 273); OLG München BB 1993, 1753. Ohne jede Korrekturerwägung das Klauselverbot des § 309 Nr. 7b) BGB auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr anwendend nunmehr aber BGH NJW 2014, 211, 213.

¹⁰⁶ Siehe im Einzelnen Statistik unter 3.

¹⁰⁷ Hierzu auch noch in Teil D (Analyse branchenüblicher Klauseln) unter II.3.b.(2).

die Angemessenheit einer Klausel jedoch nur eine geringe Rolle. Der BGH hat vielmehr im Gegenteil ausdrücklich festgestellt, dass allein die Branchenüblichkeit der Qualifikation einer Klausel als unangemessen nicht entgegensteht.¹⁰⁸

Entsprechend dem zuvor Gesagten, spielt der Aspekt der Branchenüblichkeit auch im Zusammenhang mit der Qualifikation von Freizeichnungsklauseln meist keine entscheidende Rolle. Eine Ausnahme bildet eine die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp) betreffende Entscheidung, in der die Richter zur Begründung der Angemessenheit ausdrücklich auf die Branchenüblichkeit Bezug nahmen.¹⁰⁹ Zusätzlich stützten sie die Entscheidung aber darauf, dass die ADSp „unter Mitwirkung aller beteiligten Verkehrskreise zustande gekommen“ seien.¹¹⁰ Zu nennen ist ferner die bereits mehrfach erwähnte Werftwerk-Entscheidung, in der die Branchenüblichkeit neben anderen Aspekten zur Begründung der Angemessenheit diente.¹¹¹ In der ebenfalls zuvor erwähnten Textilveredelung-Entscheidung des BGH erklärten die Richter hingegen die Branchenüblichkeit explizit für nicht ausschlaggebend.¹¹² Die langjährige Übung, den Veredelungsaufträgen entsprechende Bedingungen zugrunde zu legen, rechtfertigte es nicht, „eine Billigung [...] durch die beteiligten Verkehrskreise zu unterstellen und sie der Inhaltskontrolle [...] zu entziehen.“¹¹³ Ähnlich urteilten die Richter des OLG Hamburg bei der Beurteilung einer Freizeichnungsklausel in Konnossementsbedingungen.¹¹⁴ Die Üblichkeit einer Klausel sei nur eines von mehreren Kriterien, das bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sei.¹¹⁵ In einigen anderen Fällen, in denen sich die Verwender auf die Branchenüblichkeit beriefen, blieb dies

¹⁰⁸ Zuletzt BGH ZTR 2012, 693, 694 (= BGHZ 195, 93). Zuvor z.B. BGH NJW 1984, 2160, 2161 (= BGHZ 91, 316).

¹⁰⁹ BGH NJW-RR 1997, 1253, 1255.

¹¹⁰ A.a.O. In den jüngeren Entscheidungen wird dieses Argument nicht mehr verwandt (z.B. BGH NJW-RR 2006, 267).

¹¹¹ BGH NJW 1988, 1785, 1788 (= BGHZ 103, 316); vgl. ferner OLG Hamburg TranspR 2012, 382, 385.

¹¹² BGH NJW 1985, 3016 ff.

¹¹³ BGH NJW 1985, 3016, 3117.

¹¹⁴ OLG Hamburg TranspR 2012, 382, 385.

¹¹⁵ A.a.O.

ohne Erfolg, weil diese nach Auffassung der Richter nicht ausreichend belegt worden war.¹¹⁶

c) Versicherbarkeit

Wie zuvor im Zusammenhang mit der Darstellung der Klauselverbote gesehen, spielt der Aspekt der Versicherbarkeit bzw. des Versicherungsschutzes in den vergleichsweise seltenen Fällen, in denen Freizeichnungsklauseln der Inhaltskontrolle standhalten konnten, eine durchaus entscheidende Rolle.

Im Einzelnen gilt es insoweit zwei Konstellationen zu unterscheiden. In der Wertwerk-Entscheidung des BGH¹¹⁷ und der Kfz-Umschlag-Entscheidung des OLG Bremen¹¹⁸ wurde die Angemessenheit der Freizeichnung damit begründet, dass der Kunde ohnehin, d.h. unabhängig von der Vertragsbeziehung zum Verwender über eine Sachversicherung verfügte, die den infrage stehenden Schaden abdeckt. Vor diesem Hintergrund wurde es als unnötig bzw. ineffizient angesehen, dass der Verwender zusätzlich für den Schaden haftet und hierdurch unter Umständen gezwungen wird, seinerseits ebenfalls Versicherungsschutz in Anspruch zu nehmen. Im Zusammenhang mit den ADSp liegen die Dinge anders.¹¹⁹ Hier waren die Spediteure in der Vergangenheit auf Grundlage der ADSp verpflichtet, zu Gunsten des Kunden eine Spediti-
onsversicherung abzuschließen.¹²⁰ Die Spediteure haben sich hiernach im Ergebnis von ihrer Haftung durch die Gewährung von Versicherungsschutz befreit (Haftungser-
setzung durch Versicherung).¹²¹ Der BGH hat insoweit betont, dass die Haftungsbe-
schränkungen der ADSp erträglich seien, weil in der Regel ein etwa gleichwertiger
Deckungersatz über die Spediti-
onsversicherung geboten werde.¹²² Die Wirksamkeit wurde auch für den Fall grober Fahrlässigkeit leitender Angestellter bejaht, sofern die

¹¹⁶ BGH NJW-RR 1998, 1426, 1428.

¹¹⁷ BGH NJW 1985, 3016.

¹¹⁸ OLG Bremen VersR 1987, 772.

¹¹⁹ Vgl. BGH NJW-RR 1988, 1437, 1439, NJW 1986, 1434, 1435 (= BGHZ 96, 136); NJW-RR 1991, 570, 572.

¹²⁰ BGH NJW 1986, 1434, 1435 (= BGHZ 96, 136).

¹²¹ Zur Entwicklung des Versicherungsschutzes im Transportbereich bereits die Nachweise in Fn. 56 sowie *Koller*, TranspR 1986, 129 ff.

¹²² BGH NJW-RR 1991, 570, 572.

Versicherung den Schaden vollkommen deckt.¹²³ Auch jenseits der ADSp wurde argumentiert, es genüge, dass der Vertragspartner den Schaden entweder vom Verwender oder der Versicherung ersetzt bekomme.¹²⁴

Es gilt jedoch (erneut) zu betonen, dass die zuvor genannten Entscheidungen Sonderkonstellationen betrafen und daher Ausnahmecharakter tragen. Eine allgemeine Regel, wonach das Bestehen von Versicherungsschutz die Angemessenheit einer Freizeichnungsklausel indiziere, existiert nicht. In mehreren Entscheidungen hat der BGH sogar ausdrücklich die Irrelevanz eines möglichen Versicherungsschutzes betont.¹²⁵ In einem der Urteile wiesen die Richter konkret in Abgrenzung zur Werftwerk-Entscheidung darauf hin,¹²⁶ dass dort der Aspekt des Versicherungsschutzes nur einer von mehreren Gründen für die Angemessenheit der Klausel gewesen sei.¹²⁷ Ferner findet sich der Hinweis, dem Vertragspartner könne grundsätzlich nur die Versicherung desjenigen Risikos zugemutet werden, das er selbst zu tragen hat, weil es in seine Einflussosphäre fällt.¹²⁸ Erwähnenswert ist schließlich die Argumentation des OLG Hamburg, der Versicherungsschutz spiele nur dann eine Rolle, wenn es für den Vertragspartner leichter (als für den Verwender) sei, Versicherungsschutz zu erhalten.¹²⁹

4. Statistik

In die zuvor unter 1. dargestellte Analyse höchstrichterlicher und obergerichtlicher Entscheidungen zur Wirksamkeit von Haftungsbeschränkungen im unternehmerischen

¹²³ BGH MDR 1982, 113, 114 (bei fehlender Deckung durch die Versicherung seien die Haftungsbeschränkungen hingegen bei Vorsatz bzw. grober Fahrlässigkeit des Verwenders der ADSp bzw. leitender Angestellter nicht anwendbar).

¹²⁴ BGH NJW 1996, 1407, 1408 (Bedingungen für Schwertransport).

¹²⁵ BGH NJW-RR 1989, 953, 955 f.; NJW 1999, 1031, 1032; NJW 1984, 1350, 1351 (= BGHZ 89, 363); NJW-RR 1998, 1426, 1428. Zum Vorrang des Erfüllungsinteresses vgl. auch BGH NJW 2002, 749, 750 (= BGHZ 149, 57 ff.).

¹²⁶ BGH NJW 1988, 1785 (= BGHZ 103, 316).

¹²⁷ BGH NJW-RR 1998, 1426, 1428.

¹²⁸ BGH NJW-RR 1998, 1426, 1428 (mit dem Hinweis, dass für einfache Fahrlässigkeit die Möglichkeit bestünde, eine summenmäßige Haftungsbeschränkung mit der Möglichkeit einer entgeltlichen Wertdeklaration zu vereinbaren).

¹²⁹ OLG Hamburg TranspR 2012, 382, 385.

Geschäftsverkehr wurden insgesamt 56 Entscheidungen einbezogen. Darunter befinden sich 38 Entscheidungen des BGH¹³⁰ und 18 Entscheidungen verschiedener Oberlandesgerichte.¹³¹

24 der analysierten Entscheidungen betrafen Klauseln, mit denen die Haftung summenmäßig oder durch den Ausschluss bestimmter Schadenspositionen beschränkt wurde. Drei Entscheidungen betrafen Verjährungsregelungen, die den Charakter von Haftungsbeschränkungen hatten. In den restlichen Fällen ging es um Haftungsausschlüsse, insbesondere für bestimmte Verschuldensgrade.

In 40 der überprüften 56 Entscheidungen wurden die streitgegenständlichen Freizeichnungsklauseln für unwirksam erachtet bzw. es wurde dem Verwender verwehrt, sich darauf zu berufen.¹³² 14 der 40 Fälle betrafen Haftungsbeschränkungen durch Haftungshöchstsummen bzw. den Ausschluss bestimmter Schadenspositionen. Auch in den drei Fällen, in denen Verjährungsregelungen Gegenstand der Prüfung waren, verneinte das Gericht die Wirksamkeit. Die übrigen Invalidierungen hatten Haftungsausschlüsse, insbesondere bezüglich bestimmter Verschuldensgrade zum Gegenstand.

Zur Begründung der Unwirksamkeit bzw. Undurchsetzbarkeit haben sich die Gerichte in 20 Fällen auf das Verbot der Freizeichnung von vertragswesentlichen Pflichten, in 19 Fällen auf das Verbot der Freizeichnung von grober Fahrlässigkeit (oder Vorsatz) berufen. Das Verbot der Freizeichnung von vertragstypischen Schäden

¹³⁰ BGH MDR 1981, 377; MDR 1982, 113; NJW 1982, 1820; NJW 1984, 1350 (= BGHZ 89, 363); NJW 1985, 3016; NJW 1985, 914; NJW 1985, 623 (= BGHZ 93, 29); NJW-RR 1986, 271; ZIP 1985, 687; NJW 1985, 2258 (= BGHZ 95, 170); NJW 1986, 1434 (= BGHZ 96, 136); VersR 1987, 935; NJW-RR 1988, 559; NJW 1988, 1785 (= BGHZ 103, 316); NJW-RR 1988, 1437; NJW-RR 1989, 953; NJW-RR 1989, 992; NJW 1990, 255 (= BGHZ 108, 348); NJW 1991, 570; NJW 1991, 2630; NJW 1992, 2016; NJW 1993, 335; NJW 1994, 1060 (BGHZ 124, 351); NJW 1996, 1407; NJW-RR 1996, 783; NJW-RR 1997, 1253; NJW-RR 1998, 1426; NJW 1998, 1640 (= BGHZ 138, 118); NJW 1999, 1031; NJW-RR 2000, 998; NJW 2001, 292 (= BGHZ 145, 203); NJW 2002, 749 (= BGHZ 149, 57); TranspR 2002, 448; NJW-RR 2003, 1056; NJW-RR 2005, 1496 (=BGHZ 164, 11); NJW-RR 2006, 267; NJW 2007, 3774 (= BGHZ 174,1); NJW 2014, 211.

¹³¹ OLG Hamburg VersR 1985, 57; OLG Frankfurt ZIP 1984, 976; OLG Bremen VersR 1987, 772; OLG Düsseldorf VersR 1991, 240; OLG Köln DStR 1993, 1377; OLG München BB 1993, 1753; NJW-RR 1994, 742; OLG Hamm NJW-RR 1996, 969; OLG Köln NJW-RR 1998, 1274; OLG Hamm CR 2000, 289; VersR 2005, 1074; OLG Braunschweig BauR 2009, 122; OLG Karlsruhe NJW-RR 2009, 1322; OLG Köln NJOZ 2011, 1056; OLG Hamburg TranspR 2012, 382; OLG Schleswig TranspR 2013, 310; OLG Köln CR 2013, 155; OLG Celle IBR 2013, 629.

¹³² Eine entsprechende Differenzierung wurde in BGH NJW-RR 1986, 271 vorgenommen.

(Vorhersehbarkeitsformel) wurde in 8 Fällen zur Begründung herangezogen. In drei Fällen stützen sich die Richter auf das Transparenzgebot. Bei der Auflistung ist zu beachten, dass die Gerichte ihre Entscheidung vielfach auf mehrere der genannten Freizeichnungsverbote stützen.¹³³

Schließlich haben sich die Gerichte in acht der 40 Fälle im Rahmen ihrer Begründung auf das Klauselverbot des § 309 Nr. 7 BGB (bzw. der Vorgängernorm des § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz) berufen.

5. Matrix der Freizeichnungsverbote

a) Haftungsschluss

Die nachfolgende Matrix zeigt, inwieweit eine vollständige Freizeichnung (Haftungsausschluss) durch AGB *grundsätzlich*, d.h. von Ausnahmefällen abgesehen, möglich ist. Sie beruht hierbei vor allem auf dem Freizeichnungsverbot für wesentliche Vertragspflichten sowie zusätzlich auf dem Freizeichnungsverbot für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Unberücksichtigt bleibt demgegenüber das Verbot der Freizeichnung für Körper- und Gesundheitsschäden, d.h. es wird unterstellt, dass entsprechende Schäden aufgrund der Art der Vertragsbeziehung nicht in Betracht kommen oder aber aufgrund einer Rückausnahme von der Haftungsbeschränkung ausgenommen sind. Ebenfalls unberücksichtigt bleibt das Freizeichnungsverbot für vertragstypische Schäden, da dies nicht für den vollständigen Haftungsausschluss, sondern für die Beschränkung der Haftung relevant ist und daher gesondert im Anschluss behandelt wird.¹³⁴

¹³³ Bezüglich des Freizeichnungsverbots für wesentliche Vertragspflichten und des Freizeichnungsverbots für den vertragstypischen Schaden ist das aufgrund deren systematischen Zusammenhangs (hierzu oben unter 1.d) bei Fn. 84) konsequent.

¹³⁴ Hierzu sogleich unter b.

	Wesentliche Vertragspflichten		Nichtwesentliche Vertragspflichten	
	Verwender und leitende Angestellte	Einfache Erfüllungsgehilfen	Verwender und leitende Angestellte	Einfache Erfüllungsgehilfen
Vorsatz	1a	1b	1c	1d
Grobe Fahrlässigkeit	2a	2b	2c	2d
Einfache Fahrlässigkeit	3a	3b	3c	3d

= Freizeichnungsverbot von wesentlichen Vertragspflichten
 = Freizeichnungsverbot von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit
 = Freizeichnungsverbot von wesentlichen Vertragspflichten und Freizeichnungsverbot von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit
 = Vollständige Freizeichnung (Haftungsausschluss) zulässig

Matrix 1: Möglichkeit des Haftungsausschlusses auf Grundlage der §§ 307 ff. BGB

- In den Feldern 1 a/b, 2a/b und 3a/b verstößt der Haftungsausschluss gegen das aus § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB abgeleitete Freizeichnungsverbot von der Haftung für wesentliche Vertragspflichten und ist daher unzulässig.¹³⁵ Ausnahmsweise kann Abweichendes gelten, wenn die Verletzung der wesentlichen Vertragspflicht keine Gefährdung der Erreichung des Vertragszwecks nach sich zieht (insbesondere Wertwerk-Entscheidung).¹³⁶
- In den Feldern 1a/b/c/d und 2a/b/c/d folgt die Unzulässigkeit des Haftungsausschlusses (zusätzlich) aus dem Verbot der Freizeichnung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Besonders „gefestigt“ ist dieses Freizeichnungsverbot bezüglich vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Handelns des Verwenders oder seiner leitenden Angestellten (Felder 1c und 2c), da es insoweit bereits vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes anerkannt war.¹³⁷ Im Übrigen folgt das Verbot aus der vom BGH anerkannten Indizwirkung des § 309 Nr. 7b BGB.¹³⁸
- Zulässig ist eine Freizeichnung für einfache Fahrlässigkeit sowohl des Verwenders

¹³⁵ Nachweise Fn. 44.

¹³⁶ BGH NJW 1988, 1785, 1787 (= BGHZ 103, 316).

¹³⁷ Nachweise Fn. 32 (vor AGB-Gesetz) und Fn. 68 (nach AGB-Gesetz).

¹³⁸ Nachweise Fn. 104 und 105.

und seiner leitenden Angestellten (Feld 3c) als auch seiner einfachen Erfüllungsgehilfen (Feld 3d) im Fall von nicht wesentlichen Vertragspflichten.¹³⁹

- Für Feld 1a greift zusätzlich das nicht AGB-spezifische Freizeichnungsverbot des § 276 Abs. 3 BGB, sofern es um Pflichtverletzungen des Verwenders selbst geht.¹⁴⁰

b) Haftungsbeschränkungen

Die nachfolgende Matrix zeigt, inwieweit Haftungsbeschränkungen (summenmäßig oder durch Ausschluss bestimmter Schadensarten) in AGB *grundsätzlich*, d.h. von Ausnahmefällen abgesehen, möglich sind. Im Mittelpunkt steht hierbei die Reichweite des Freizeichnungsverbots von vertragstypischen Schäden, wonach Haftungsbeschränkungen nur insoweit zulässig sind, als der vertragstypische, vorhersehbare Schaden ersatzfähig bleibt (Vorhersehbarkeitsformel).¹⁴¹

	Wesentliche Vertragspflichten		Nichtwesentliche Vertragspflichten	
	Verwender und leitende Angestellte	Einfache Erfüllungsgehilfen	Verwender und leitende Angestellte	Einfache Erfüllungsgehilfen
Vorsatz	1a	1b	1c	1d
Grobe Fahrlässigkeit	2a	2b	2c	2d
Einfache Fahrlässigkeit	3a	3b	3c	3d

= nicht beschränkbar
 = möglicherweise beschränkbar nach Maßgaben der Vorhersehbarkeitsformel
 = frei beschränkbar
 = beschränkbar nach Maßgaben der Vorhersehbarkeitsformel

Matrix 2: Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf Grundlage der §§ 307 ff. BGB

- Da in den Feldern 3 c/d eine vollständige Freizeichnung in Betracht kommt,¹⁴² muss

¹³⁹ Eine Ausnahme gilt aufgrund der Indizwirkung des § 309 Nr. 7a BGB für Körper- und Gesundheitsschäden (oben 1.a; in der Matrix nicht berücksichtigt).

¹⁴⁰ Ist der Verwender eine Körperschaft oder Gesellschaft, gilt Gleiches für Pflichtverletzungen der Organe (*Grüneberg* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl. 2014, § 278 Rn. 42). Für Pflichtverletzungen von leitenden Angestellten gilt § 276 Abs. 3 BGB nicht, da es sich insoweit um Erfüllungsgehilfen handelt (§ 278 S. 2 BGB).

¹⁴¹ Oben unter 1.d.

¹⁴² Siehe Matrix 1.

a maiore ad minus auch eine Haftungsbeschränkung in beliebigem Umfang möglich sein.

- Für die Felder 3a und 3b greift unzweifelhaft die Vorhersehbarkeitsformel des BGH ein, wonach die Haftung (nur) auf den vertragstypischen, vorhersehbaren Schaden beschränkt werden darf.¹⁴³
- Für die Felder 1a und 2a, 1c und 2c ist vom Bestehen eines absoluten Freizeichnungsverbots auszugehen, so dass noch nicht einmal eine Haftungsbeschränkung auf Grundlage der Vorhersehbarkeitsformel möglich ist. Zumindest wurde das unabhängig von der Indizwirkung des § 309 Nr. 7b BGB entwickelte, ursprünglich aus § 242 BGB abgeleitete Freizeichnungsverbot für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Verwenders und seiner leitenden Angestellten in der Vergangenheit als ein solches absolutes Freizeichnungsverbot verstanden.¹⁴⁴
- Für das Feld 1a folgt zudem ein nicht AGB-spezifisches absolutes Freizeichnungsverbot aus § 276 Abs. 3 BGB, soweit die Haftungsbegrenzung die Haftung des Verwenders selbst betrifft.¹⁴⁵
- Für die Felder 1b, 2b, 1d und 2d ist unklar, ob ein absolutes Freizeichnungsverbot gilt oder zumindest eine Haftungsbeschränkung unter Beachtung der Vorhersehbarkeitsformel zulässig ist. Wie bereits ausgeführt,¹⁴⁶ spricht die Anerkennung der Indizwirkung des § 309 Nr. 7b BGB, der im Rahmen seines unmittelbaren Anwendungsbereichs auf Verbraucherverträge unzweifelhaft keinerlei Beschränkungen zulässt,¹⁴⁷ für ein absolutes Freizeichnungsverbot. Der BGH hat sich insoweit aber noch nicht eindeutig positioniert. Die Formulierung in einer einzelnen die ADSp betreffenden Entscheidung lässt die Deutung zu, dass in den

¹⁴³ Nachweise Fn. 82.

¹⁴⁴ Explizit BGH VersR 1973, 1060 unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des AGBG.

¹⁴⁵ Die Anm. in Fn. 139 gilt entsprechend.

¹⁴⁶ Oben unter 1.d).

¹⁴⁷ Statt vieler *Damann* in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, § 309 Nr. 7 Rn. 48, 51.

Feldern 1b und 2b eine Haftungsbegrenzung unter Beachtung der Vorhersehbarkeitsformel in Betracht kommt. Wie bereits erwähnt,¹⁴⁸ ist die Frage vor dem Hintergrund der geltenden Adäquanztheorie von allenfalls geringer Ergebnisrelevanz.¹⁴⁹

V. Zusammenfassung

Resümierend lässt sich festhalten, dass die Anforderungen, die die Rechtsprechung an die Wirksamkeit von in AGB enthaltenen Freizeichnungsklauseln stellt, immer strenger geworden sind. Aufgrund der weit gehenden Anpassung der für den unternehmerischen Rechtsverkehr geltenden Maßstäbe an die des Verbraucherrechts ist es Unternehmen letztlich nicht mehr möglich, wirkungsvolle Haftungsausschlüsse zu vereinbaren.¹⁵⁰ Die zuweilen überspitzt formulierte Frage, ob AGB als Instrument der Haftungsbeschränkung überhaupt noch ihre Druckkosten wert sind,¹⁵¹ hat insoweit ihre Berechtigung.

¹⁴⁸ BGH NJW-RR 2006, 267, 269. Näher oben unter 1.d).

¹⁴⁹ Siehe oben im Text bei Fn. 86.

¹⁵⁰ Ähnlich die Einschätzung von *Christensen* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 309 Nr. 7 Rn. 45 a.E.

¹⁵¹ So von *Westphalen*, ZIP 1984, 970, 971.

D. Analyse branchenüblicher Haftungsbeschränkungen

I. Einführung

1. Anliegen und Umfang der Analyse

Nachfolgend wird analysiert, inwieweit branchenübliche Haftungsbeschränkungen den durch die Rechtsprechung konkretisierten Anforderungen an die §§ 307 ff. BGB gerecht werden. Entsprechend des Angebots vom 8.4.2013 umfasst die Untersuchung die folgenden Branchen:

- Unternehmenskaufverträge
- Anlagenbau- und Industriebauverträge
- Transport- und Logistikverträge
- Dienstleistungsverträge (insbesondere Outsourcing)
- Finanzierungsverträge (insbesondere Konsortialverträge)
- Lieferverträge zwischen Zulieferer und Produzent
- Verträge über den Erwerb von Investitionsgütern.

Angesichts der großen Bandbreite unternehmerischen Handelns und der zum Teil sehr weit gefassten Kategorien kann es nicht Anspruch der nachfolgenden Ausführungen sein, ein detailgetreues und umfassendes Bild sämtlicher in den genannten Branchen üblichen Haftungsbeschränkungen zu zeichnen. Zumindest in manchen Bereichen ist nur eine stichprobenartige Analyse möglich. Dabei wird stets versucht, die jeweiligen Usancen so weit wie möglich durch Verweis auf öffentlich zugängliche Darstellungen der Kautelarpraxis in juristischen Fachbeiträgen und Formularhandbüchern zu belegen.

2. AGB-Qualität von Haftungsbeschränkungen

Die Überprüfung branchenüblicher Klauseln auf ihre Vereinbarkeit mit den §§ 307 ff. BGB basiert auf der Annahme, dass diese zumindest potenziell dem Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle unterfallen, d.h. als allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB zu qualifizieren sind. Ob dies in der Praxis tatsächlich der Fall ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und lässt sich daher nicht pauschal beantworten. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass nach wohl überwiegender Auffassung im Schrifttum selbst intensive Vertragsverhandlungen einschließlich so genannter „Mark-up-Runden“, wie sie bei großvolumigen Vertragsabschlüssen

üblich sind,¹ nicht ohne weiteres dazu führen, dass die maßgeblichen vertraglichen Regelungen den Anforderungen des BGH an eine Individualvereinbarung im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB genügen.²

Da der Forschungsauftrag den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle explizit nicht zum Gegenstand hat,³ wird dieser Aspekt vorliegend nicht weiter problematisiert. Insoweit muss der Hinweis auf das *Grundproblem* genügen: Die Formel des BGH, wonach ein „Aushandeln“ voraussetzt, dass der Verwender den gesetzesfremden Kerngehalt einer Regelung ernsthaft zur Disposition stellt,⁴ führt tendenziell dazu, dass die Qualifikation einer Klausel als „branchenüblich“ ihre Qualifikation als Individualvereinbarung ausschließt: was branchenüblich ist, wird von den Parteien typischerweise gerade nicht ernsthaft zur Disposition gestellt. Geradezu paradigmatisch zeigt sich dies an den in vielen Branchen als Marktstandard anerkannten Haftungshöchstsummen (*Cap*).⁵ Deren *Modalitäten* sind zwar meist Gegenstand intensiver Verhandlungen. In der Logik der BGH-Rechtsprechung wäre eine Qualifikation als Individualvereinbarung aber nur möglich, wenn neben dem „Wie“ auch das „Ob“, d.h. die Haftungsbeschränkung als solche

¹ Exemplarisch für den Unternehmenskauf *Kästle*, NZG 2014, 288, 293 f.

² Für den Unternehmenskauf *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491 ff.; *Schiffer/Weichel*, BB 2011, 1283 ff.; *Wittuhn/Quecke*, NZG 2014, 131 ff.; tendenziell a.A. *Habersack/Schürnbrand*, FS Canaris, Bd. 1, S. 359 ff.; *Kästle*, NZG 2014, 288 ff.; für den Anlagenbau *Cloppenburg*, ZfBR-Beil 2012, 3 f.; *Kondring*, BB 2013, 73, 76 f.; *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen, 2002, S. 57; für Lieferverträge *Eckhoff*, GWR 2013, 80, 81. In der Praxis wird die Reichweite der §§ 305 ff. BGB noch immer teilweise fehleingeschätzt bzw. (bewusst) ignoriert: Exemplarisch *Meyer-Sparenberg* in: Beck'sches, Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, Hoffmann-Becking/Rawert (Hrsg.), 11. Aufl. 2013, III.A.16, Anm. 1, der unter Verkennung der rechtlichen Rahmenbedingungen meint, eine Inhaltskontrolle von Unternehmenskaufverträgen scheidet aus, weil diese in der Praxis als „Individualverträge entworfen“ würden; ähnlich für Outsourcing-Verträge *Söbbing* in: Söbbing, Handbuch IT-Outsourcing, 3. Aufl. 2006, Rn. 620b, der meint, es komme „wirklich äußerst selten vor, dass Outsourcing-Verträge dem AGB-Recht nach den §§ 305 ff. BGB unterliegen“, für (Big-Ticket) Leasingverträge *Schmalenbach* in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 2. Aufl. 2009, Finanzierungsleasing, V 60; differenzierend für Konsortialverträge *Walgenbach* in Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, 16. Kapitel, Rn. 10. Zum Teil wird die Problematik auch mit dem Hinweis ausgespart, der individualvertragliche Charakter der Regelungen werde unterstellt (für Konsortialverträge *Reppenthien* in: Beck'sches Formularbücher Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Deutsch-Englisch, Walz (Hrsg.), 3. Aufl. 2014, R. Finanzierungen, 2. Konsortialvertrag, Anm. 11).

³ Siehe oben unter C.III.

⁴ BGH NJW 2005, 2543, 2544; NJW 2003, 1805, 1807 (= BGHZ 153, 311, 321); NJW 2002, 2388, 2389 (= BGHZ 150, 299, 302 f.); NJW 2000, 1110, 1111 f. (= BGHZ 143, 103, 111 f.); NJW 1987, 1634 (= BGHZ 99, 374 Rn. 18).

⁵ Im Einzelnen nachfolgend unter II.2 (Unternehmenskaufverträge), III.2 (Anlagebau- und Industriebauverträge) IV.2 Transport- und Logistikverträge, V.2 (Dienstleistungsverträge); VII.2 (Lieferverträge zwischen Zulieferer und Produzent).

ernsthaft zur Disposition gestellt würde.⁶ Das ist in der Praxis dort, wo entsprechende Beschränkungen üblich sind, aber gerade nicht der Fall⁷ und würde die für das Unternehmen handelnden Personen vielfach auch dem Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens aussetzen.⁸

II. Unternehmenskaufverträge

1. Überblick

Unternehmenskaufverträge begründen die Verpflichtung des Verkäufers, ein Unternehmen, verstanden als die Gesamtheit von in einem Funktionszusammenhang stehenden Wirtschaftsgütern, unmittelbar (*asset deal*) oder mittelbar (*share deal*) gegen Entgelt auf den Erwerber zu übertragen.⁹ Als Kaufverträge unterfallen Unternehmenskaufverträge grundsätzlich den Regelungen des Kaufrechts, d.h. den §§ 433 ff., 453 BGB.¹⁰ In der Praxis kommt es allerdings allenfalls im Zusammenhang mit der Veräußerung kleinerer Unternehmen vor, dass die Parteien den Vertrag den gesetzlichen Regelungen unterstellen.¹¹ Bei größeren Transaktionsvolumen ist es hingegen üblich, dass das dispositive Recht durch einen umfangreichen und komplexen, international weitgehend einheitlichen Vertragsstandard ersetzt wird.¹² Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die Darstellung dieses Vertragsstandards und seiner AGB-rechtlichen Implikationen.

⁶ *Knütel/Rieger*, NZBau 2010, 285, 288 m.w.N.; *Leuschner*, JZ 2010, 875, 876; Fn. 10; vgl. auch *Kollmann*, NJOZ 2011, 625, 626.

⁷ Für den Unternehmenskauf *Wittuhn/Quecke*, NZG 2014, 131, 133 f.; für den Anlagenbau *Kondring*, BB 2013, 73, 76 f.; *Cloppenburg*, ZfBR-Beil. 2012, 3, 4; vgl. auch *Atzpodien/Müller*, RiW 2006, 331, 336.

⁸ Für IT- Outsourcingverträge *Söbbing*, (Fn. 2), S. 500. *Kästle* in: *Kästle/Oberbracht*, Unternehmenskauf - Share Purchase Agreement, 2. Aufl. 2010, S. 260, weist mit Blick auf den Unternehmenskauf zutreffend darauf hin, bei der Vereinbarung einer summenmäßigen Haftungsbeschränkung handele es sich letztlich um „die Fortsetzung des Prinzips der beschränkten Haftung als Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft“.

⁹ Nachweise zum Unternehmensbegriff u.a. bei *Beisel/Klumpp*, Der Unternehmenskauf 6. Aufl. 2009, Rn. 12 ff.

¹⁰ *Faust* in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Bamberger/Roth (Hrsg.), 31. Aufl. 2014, § 453 Rn. 25 ff.

¹¹ Eine Ausnahme bildet insoweit OLG Hamburg ZIP 1994, 944.

¹² Einen detailgetreuen Einblick in diese Standards bietet *Kästle/Oberbracht* (Fn. 8), B.III.; *Pfisterer* in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag, Weise/Krauß (Hrsg.), 28. Aufl. 2014, Ziff. 20.3, „Share Deal“; *Meyer-Sparenberg* (Fn. 2), III.A.16.

2. Branchenübliche Haftungsbeschränkungen

An die Stelle des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts tritt in der Praxis des Unternehmenskaufs ein Regime aus so genannten *Representations and Warranties*:¹³ Der Verkäufer sichert dem Käufer explizit bestimmte wertbildende, das Zielunternehmen betreffende Faktoren zu und verknüpft dies mit einer selbstständigen Garantie, d.h. dem Versprechen, für die Richtigkeit der Zusicherungen verschuldensunabhängig einstehen zu wollen.¹⁴ Gegenstand von Zusicherungen sind beispielsweise die Existenz der Geschäftsanteile, die Nichtexistenz nicht offen gelegter Verbindlichkeiten, bestimmte Bilanzkennzahlen, die Existenz und Wirksamkeit bestimmter wesentlicher Vertragsverhältnisse, die Führung des Unternehmens im Einklang mit gesetzlichen Vorschriften (*Compliance*) etc. Ergänzt werden die Garantien regelmäßig durch Freistellungsansprüche (*Indemnities*), kraft derer der Verkäufer unmittelbar eine Einstandspflicht für bestimmte Risiken übernimmt (z.B. Steuernachzahlung, Haftung wegen Umweltschäden).¹⁵

Die Garantien selbst werden üblicherweise mit dem Hinweis versehen, dass der Verkäufer diese nur nach Maßgabe einer Reihe von Einschränkungen übernimmt, welche sodann im Rahmen einer eigenständigen Regelung konkretisiert werden.¹⁶ Üblich sind u.a. die folgenden Einschränkungen:

- *Zeitliche Beschränkungen*:¹⁷ Modifikation der gesetzlichen Verjährungsfristen, wobei diese typischerweise in Abhängigkeit von der jeweiligen Garantie zwischen einem und drei Jahren (kenntnisunabhängig) variieren.¹⁸

¹³ Siehe im Einzelnen das Vertragsmuster und die Erläuterungen bei *Kästle/Oberbracht* (Fn. 8), S. 153 ff.; *Beckmann* in: Staudinger, BGB - Neubearbeitung 2014, § 453 Rn. 106 ff.

¹⁴ Die Eingehung einer verschuldensunabhängigen Einstandspflicht ist als solche AGB-rechtlich äußerst problematisch (s. BGH NJW 2006, 47, 49 ff. (= BGHZ 164, 196, 210 ff.), wo die verschuldensunabhängige Haftung als mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unvereinbar qualifiziert wurde; ausführlich zur AGB-rechtlichen Behandlung von Haftungserweiterungen *Schwab*, AGB-Recht, 2. Aufl. 2014, Rn. 975 ff.).

¹⁵ Statt aller *Kästle/Oberbracht* (Fn. 8), B.III, S. 237 ff.

¹⁶ Statt aller *Kästle/Oberbracht* (Fn. 8), B.III, Klausel 7 (S. 153). Die Vereinbarkeit der Einschränkungen mit § 444 BGB ist inzwischen geklärt (ausführlich *Beckmann* in: Staudinger (Fn. 13), Rn. 122 m.w.N.

¹⁷ *Kästle/Oberbracht* (Fn. 8), B.III, Klausel 8.8 (S. 223); *Meyer-Sparenberg* (Fn. 2), Klausel 6 (4) i.V.m. Anm. 54; *Pfisterer* (Fn. 12), Ziff. 20.3, Klausel 6.6.

¹⁸ Für die Garantie der Existenz der Anteile und der Rechtsinhaberschaft hieran (*title*) sind auch längere Fristen üblich (bis zu sieben Jahren).

- *Bagatellgrenze (De Minimis Amount):*¹⁹ Einzelne Schadenspositionen können nur geltend gemacht werden, wenn sie eine bestimmte Mindesthöhe aufweisen (häufig im Bereich von 0,05 - 0,2% des Transaktionsvolumens).
- *Schwellenwert (Threshold Amount):*²⁰ Gesamtschaden kann nur geltend gemacht werden, wenn er eine bestimmte Mindesthöhe aufweist (häufig im Bereich von 0,5 - 2,0% des Transaktionsvolumens)
- *Haftungshöchstbetrag (Cap):*²¹ Beschränkung der Inanspruchnahme des Verkäufers auf einen Maximalbetrag, der einen bestimmten Prozentsatz des Kaufpreises beträgt; teilweise zweigeteilt, d.h. einen Haftungshöchstbetrag für die einzelnen Garantien (meist zwischen 10 - 50% des Kaufpreises)²² und einen weiteren Haftungshöchstbetrag bezüglich sämtlicher Ansprüche (typischerweise Beschränkung auf den Kaufpreis).
- *Ausschluss anderer haftungsbegründender Umstände (non-reliance provision):*²³ Vereinbarung, dass andere als die explizit geregelten Tatbestände keine Haftung begründen; ausgeschlossen ist hiernach insbesondere die Haftung für die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten; Rückausnahmen werden für Vorsatz und Arglist gemacht.

3. Analyse

Rechtsprechung, die sich mit der Inhaltskontrolle von Unternehmenskaufverträgen befasst, existiert soweit ersichtlich nicht. Die nachfolgenden Ausführungen basieren daher auf den in Rechtsprechung und Literatur für andere Bereiche des unternehme-

¹⁹ *Kästle/Oberbracht* (Fn. 8), B.III, Klausel 8.7 (S. 223); *Meyer-Sparenberg* (Fn. 2), Klausel 6 (3) S. 1; *Pfisterer* (Fn. 12), Ziff. 20.3, Klausel 6.4 S. 2.

²⁰ *Kästle/Oberbracht* (Fn. 8), B.III, Klausel 8.7 (S. 223); *Meyer-Sparenberg* (Fn. 2), Klausel 6 (3) S. 1; *Pfisterer* (Fn. 12), Ziff. 20.3, Klausel 6.4 S. 2. Im Einzelnen ist zu unterscheiden zwischen Freibeträgen (Ersatz nur des über den Betrag hinausgehenden Schadens) und einer Freigrenze (Ersatz des gesamten Schadens, wenn die Grenze überschritten wird).

²¹ *Kästle/Oberbracht* (Fn. 8), B.III, Klausel 11.2 (S. 258); *Meyer-Sparenberg* (Fn. 2), Klausel 6 (3) S. 2; *Pfisterer* (Fn. 12), Ziff. 20.3, Klausel 6.4 S. 1.

²² *Meyer-Sparenberg* (Fn. 2), Anm. 53. Höhere Beträge sind allein für die *title*-Garantie (Fn. 18) üblich (meist 100 % des Kaufpreises).

²³ *Kästle/Oberbracht* (Fn. 8), B.III, Klausel 11.3 (S. 259); *Meyer-Sparenberg* (Fn. 2), Klausel 6 (6) S. 1 und S. 2; *Pfisterer* in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag (Fn. 12), Ziff. 20.3, Klausel 6.7.

rischen Rechtsverkehrs entwickelten Grundsätzen und übertragen diese auf die beschriebene Praxis des Unternehmenskaufs.

a) Einzelanalyse

Betrachtet man die zuvor skizzierten Haftungsbeschränkungen isoliert, so halten diese einer Inhaltskontrolle anhand der §§ 307 ff. BGB überwiegend nicht stand. Im Einzelnen:

Bezüglich der *Verjährungsfristen* ist zu beachten, dass sich diese zwar unmittelbar nur auf die jeweilige Garantie beziehen. Da die Garantien aber nicht zusätzlich zu den gesetzlichen Gewährleistungsrechten gewährt werden, sondern diese ersetzen, gelten die Fristen im Ergebnis auch für haftungsbegründende Tatbestände, die auf Grundlage des dispositiven Rechts Gewährleistungsansprüche begründen würden. Man denke beispielsweise an die Konstellation, dass ein wichtiges Patent des Zielunternehmens (für den Veräußerer erkennbar) nicht rechtmäßig erworben wurde und ein Dritter in der Folge Unterlassungsansprüche erhebt. Auf Grundlage des dispositiven Rechts bestünde insoweit ein Schadensersatzanspruch des Erwerbers aus §§ 453, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB, welcher gemäß § 438 Nr. 3 BGB innerhalb von zwei Jahren verjährt. Sieht demgegenüber die im Kaufvertrag auf die Immaterialgüterrechte bezogene Garantie eine Verjährung von lediglich einem Jahr vor, begründet dies im Ergebnis eine Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist. Diese ist zwar grundsätzlich in AGB bis zur Grenze von einem Jahr möglich.²⁴ Unzulässig ist die Verkürzung jedoch insoweit, als sie auch Ansprüche wegen grober Fahrlässigkeit erfasst. Dies folgt aus § 309 Nr. 7b BGB, der nach der Rechtsprechung des BGH über die Generalklausel des § 307 BGB auch im unternehmerischen Rechtsverkehr Anwendung findet.²⁵ Ebenso ist das Freizeichnungsverbot von wesentlichen Vertragspflichten betroffen,²⁶ da die entsprechenden Regelungen nicht zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vertragspflichten unterscheiden. Wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion gelangt man so zum Ergebnis, dass die Verjährungsregelung insgesamt unwirksam ist.

²⁴ Vgl. § 309 Nr. 8 b ff.

²⁵ Oben unter C.IV.1.c. Siehe auch Nachweise bei *Christensen* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 309 Nr. 8 Rn. 106. Konkret zur haftungsbeschränkenden Wirkung von Verkürzungen der Verjährungsfrist BGH NJW-RR 1989, 992; NJW 2014, 211.

²⁶ Oben unter C.IV.1.b.

Ähnliche Überlegungen gelten für die *summenmäßigen Haftungsbeschränkungen*. Sie erfassen neben den Fällen schuldloser Garantieverletzungen auch Konstellationen, in denen die Verletzung auf dem Verschulden des Verkäufers beruht und daher auch auf Grundlage des dispositiven Rechts Schadensersatzansprüche begründen würden. Die Bagatellgrenze und der Schwellenwert sind hiernach geeignet, die Haftung für grobe Fahrlässigkeit unzulässig einzuschränken und stehen insoweit in Konflikt mit den Wertungen des § 309 Nr. 7b BGB. Gleiches gilt wiederum für das Verbot der Freizeichnung von wesentlichen Vertragspflichten. Rechtfertigen ließen sich die Bagatellgrenze und der Schwellenwert allenfalls mit dem Rationalisierungsinteresse, welches im Rahmen der Interessenabwägung des § 307 BGB Berücksichtigung finden kann.²⁷ Belastbare Vorgaben aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung existieren insoweit aber nicht.

Als äußerst problematisch erweisen sich die *Haftungshöchstbeträge*. Zwar ist anerkannt, dass eine summenmäßige Haftungsbeschränkung grundsätzlich möglich ist. Dies gilt jedoch im Wesentlichen nur nach Maßgaben der vom BGH entwickelten Vorhersehbarkeitsformel, wonach der Haftungshöchstbetrag den vertragstypischen Schaden abdecken muss.²⁸ Diesen Anforderungen werden die in der Praxis üblichen Obergrenzen, die meist den Kaufpreis deutlich unterschreiten, kaum gerecht. Verletzungen der Garantien können ohne weiteres einen Schaden nach sich ziehen, der die Höhe des Kaufpreises erreicht oder sogar darüber hinausgeht. Letzteres ist vor allem dann denkbar, wenn der Erwerber das Zielunternehmen in seinen Unternehmensverbund integriert. Man wird wohl konstatieren müssen, dass die branchenüblichen Haftungsobergrenzen schon im Ansatz nicht darauf zielen, den vertragstypischen Schaden abzubilden, sondern zwischen den Parteien aufzuteilen.

Ebenfalls als nicht mit den §§ 307 ff. BGB konform erweist sich die Regelung, wonach eine Haftung nicht auf *andere haftungsbegründende Umstände* als die im Vertrag genannten gestützt werden kann. Der damit unter anderem verbundene Ausschluss der Haftung wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten

²⁷ Berger in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8. Aufl. 2013, § 307 Rn. 10; Fuchs in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 307 Rn. 277; Wurmnest in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, § 309 Nr. 7 Rn. 31.

²⁸ Im Einzelnen oben unter C.IV.1.d. und C.IV.5.b. Dort auch zur Reichweite der Vorhersehbarkeitsformel.

erfasst wiederum Fälle grober Fahrlässigkeit und verstößt insoweit gegen die auch im unternehmerischen Rechtsverkehr maßgebliche Wertung des § 309 Nr. 7b BGB.²⁹ Die übliche Rückausnahme für Vorsatz genügt insoweit nicht. Ferner dürfte wiederum das Freizeichnungsverbot für wesentliche Vertragspflichten einschlägig sein.

b) Korrekturmöglichkeiten

(1) Möglichkeit einer Gesamtbetrachtung?

Es bleibt die Frage, ob man den Besonderheiten des in der Praxis des Unternehmenskaufs üblichen Vertragsstandards durch eine derartige isolierte Betrachtung einzelner Klauseln gerecht wird. Da es sich bei den Verträgen um komplexe Gesamtpakete handelt, die in ihrer Grundkonzeption als ausgewogene, den Besonderheiten des Kaufobjekts angemessene Form der Risikoallokation anerkannt sind, spricht viel dafür, dass an die Stelle der Einzelbetrachtung eine Gesamtbetrachtung treten muss. Im Rahmen einer solchen Gesamtbetrachtung käme man wohl zu dem Ergebnis, dass der bei Unternehmenskäufen branchenübliche Standard im Vergleich zum dispositiven Recht nicht nur sachgerechter, sondern auch für den Käufer in der Summe vorteilhaft ist. Maßgeblich ins Gewicht fällt hierbei die verschuldensunabhängige Einstandspflicht des Verkäufers für Abweichungen von den gemachten Zusicherungen, die den Käufer im Vergleich zu den Rechten aus den §§ 453, 437 BGB deutlich besser stellen.

Tatsächlich kommt auf Grundlage der §§ 307 ff. BGB eine über die einzelne Klausel hinausgehende Betrachtungsweise jedoch nur in sehr beschränktem Umfang in Betracht.³⁰ Der Wortlaut des § 307 Abs. 1 BGB lässt im Ausgangspunkt keinen Zweifel daran, dass Gegenstand der Inhaltskontrolle nicht der gesamte Vertragsinhalt, sondern nur die einzelne Vertragsbestimmung ist.³¹ Zwar ist anerkannt, dass die

²⁹ Zur Anwendbarkeit der Regelung auf Verschulden bei Vertragsverhandlungen *G. Christensen* (Fn. 25), Rn. 13; *Damann* in: *AGB-Recht Kommentar, Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 309 Nr. 7 Rn. 13.

³⁰ Im Einzelnen *Fuchs* (Fn. 27), § 307 Rn. 144 ff. m.w.N. Gänzlich unbeachtlich im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist das Preisargument, d.h. der Hinweis, die Nachhaltigkeit einer Klausel werde durch einen besonders günstigen bzw. hohen Preis kompensiert (ausführlich *Fuchs* a.a.O., Rn. 145 ff. m.w.N.). Dies erklärt sich daraus, dass andernfalls das Gericht den angemessenen Preis bestimmen müsste.

³¹ Vgl. *Fuchs* (Fn. 27), § 307 Rn. 116; *Schulte-Nölke* in: *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Schulze/Dörner* (Hrsg.), 8. Aufl. 2014, § 307, Rn. 11.

Angemessenheit der einzelnen Regelung im Ausgangspunkt unter Berücksichtigung ihres Zusammenwirkens mit anderen Vertragsbedingungen sowie des Zwecks des Gesamtvertrags zu erfolgen hat.³² Gleichsam besteht aber auch Einigkeit darüber, dass dies nicht zu einer unbeschränkten Aufrechnung sämtlicher Vor- und Nachteile des gesamten Vertragsinhalts führen kann. Denn andernfalls gelänge man doch wiederum zu einer Bewertung des gesamten Vertragswerks, welche im Widerspruch zur Grundkonzeption der §§ 307 ff. BGB steht und dem Richter eine bewusst vorenthalte Prüfungskompetenz zubilligen würde.³³

Die Möglichkeit einer kompensatorischen Gesamtbetrachtung beschränkt sich vor dem Hintergrund des Gesagten auf den Fall, dass die nachteilige Wirkung einer Regelung durch eine *funktionsgleiche* (Synonym: *zweckkongruente*) Regelung aufgewogen wird.³⁴ Voraussetzung hierfür ist, dass zwischen der nachteiligen und der vorteilhaften Klausel ein sachlicher Regelungszusammenhang besteht und der Vorteil gewichtig genug ist, um den Nachteil zu kompensieren.³⁵ Paradigma einer funktionsgleichen Regelung ist das Remissionsrecht des Einzelhändlers im Pressewesen, das ihm gestattet, nicht verkaufte Zeitschriften etc. gegen Kostenerstattung des Großhändlers zurückzugeben und auf diese Weise die Verpflichtung, das gesamte Zeitschriftensortiment zu führen (Dispositionsrecht des Großhändlers), ausgleicht.³⁶ Wendet man diese Grundsätze auf die vorliegend interessierenden Haftungsbeschränkungen bei Unternehmenskaufverträgen an, erweisen sich diese als zu eng. Entsteht beispielsweise dem Käufer aufgrund einer grob fahrlässig falschen Zusage des Verkäufers ein Schaden, den dieser wegen einer kurzen Verjährungsfrist gar nicht oder wegen einer Haftungshöchstsumme nur teilweise liquidieren kann, wird dieser Nachteil nicht durch die Garantie kompensiert. Dem Käufer bleibt in dieser Situation allein der Trost, dass ihm die Garantie in einer anderen Konstellation – die allerdings nicht eingetreten ist – geholfen hätte (Bsp.: Verschulden des Verkäufers nicht nachweisbar). Die Garantien stehen hiernach zwar in einem sachlichen

³² Nachweise bei *Fuchs* (Fn. 27), § 307 Rn. 116.

³³ *Bunte* in: FS Korbion, 1986, S. 17, 22; *Lieb*, AcP 178 (1978), 196, 223; kritisch gegenüber diesem Erklärungsansatz *Fuchs* (Fn. 27), § 307 Rn. 153.

³⁴ *Fuchs* (Fn. 27), § 307 Rn. 152; *Wurmnest* (Fn. 27), § 305 Rn. 36; *Schulte-Nölke* (Fn. 31), § 307 Rn. 14.

³⁵ Nachweise bei *Fuchs* (Fn. 27), § 307 Rn. 151.

³⁶ BGH NJW 1982, 644, 645 f. (= BGHZ 82, 238, 240 f.).

Zusammenhang zu den Haftungsbeschränkungen, sind aber nicht funktionsgleich. Die Dinge liegen insoweit ersichtlich anders als im Fall des Remissionsrechts, das darauf gerichtet ist, stets dafür zu sorgen, dass die mit dem Abnahmepflicht des Einzelhändlers verbundenen finanziellen Nachteile kompensiert werden.

Eine weitergehende, das *gesamte Vertragsgefüge* berücksichtigende Betrachtung hat der BGH nur in Fällen anerkannt, in denen kollektiv ausgehandelte Vertragswerke wie die VOB/B, deren Ausgewogenheit von den beteiligten Kreisen anerkannt ist, als Ganzes ohne Änderung in den Vertrag einbezogen werden.³⁷ Speziell mit Blick auf die VOB/B hat das Gericht in diesem Zusammenhang ausgeführt, es sei verfehlt, einzelne Bestimmungen einer Billigkeitskontrolle zu unterwerfen und gegebenenfalls für unwirksam zu erklären, da dadurch der „von dem Vertragswerk im Zusammenwirken sämtlicher Vorschriften erstrebte billige Ausgleich der Interessen“ gestört würde.³⁸ Doch auch wenn diese Überlegungen intuitiv einschlägig erscheinen, führen sie im Ergebnis nicht weiter. Denn bei den infrage stehenden Vertragsstandards handelt es sich weder um kollektiv ausgehandelte Vertragswerke nach dem Vorbild der VOB/B, noch erscheint es sachgerecht und vorstellbar, für die Praxis des Unternehmenskaufs entsprechende Regelwerke zu schaffen, die ohne Änderungen verwandt werden könnten.

(2) Berücksichtigung von Branchenüblichkeit bzw. Handelsbrauch

§ 310 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB sieht vor, dass bei der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen ist. Ob damit allein auf die Definition des Handelsbrauchs in § 346 HGB Bezug genommen wird oder auch die bloße Handelsüblichkeit genügt, ist unklar.³⁹ Einzelne Urteile des BGH lassen den Schluss zu, dass die Frage in letzterem Sinne zu beantworten ist, und hiernach sogar eine bloße Branchenüblichkeit genügt.⁴⁰ Doch auch wenn man den engeren Standpunkt einnehmen wollte, d.h. einen Handelsbrauch verlangt, dürfte das nicht zu einem ande-

³⁷ BGH NJW 1983, 816, 818 (= BGHZ 86, 135, 141); NJW 1999, 942, 943 (= BGHZ 140, 241, 246), für die VOB/B nunmehr kodifiziert in § 310 Abs. 1 S. 3 BGB.

³⁸ BGH NJW 1983, 816, 818 (= BGHZ 86, 135, 141). Ähnlich zu den ADSp (alter Fassung) BGH NJW 1982, 1820, 1821.

³⁹ Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658 m.w.N.

⁴⁰ Insbesondere BGH NJW 1988, 1785, 1787 ff. (= BGHZ 103, 316, 328 ff.).

ren Ergebnis führen. Denn die infrage stehenden Haftungsbeschränkungen dürften ohne weiteres die Anforderungen an einen Handelsbrauch erfüllen. Sie werden nicht nur über die nationalen Grenzen hinaus seit langem praktiziert, sondern durch die betroffenen Verkehrskreise auch gebilligt.⁴¹ Im Ergebnis bietet daher § 310 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB einen starken Anknüpfungspunkt dafür, entsprechende Gestaltungen abweichend von den allgemeinen Grundsätzen als angemessen zu qualifizieren.

Eine verlässliche Beurteilung lässt sich hierauf jedoch auch nicht ansatzweise stützen. Denn in der Rechtsprechung des BGH spielt das Differenzierungsgebot des § 310 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB eine sehr untergeordnete Rolle. Zwar hat das Gericht vereinzelt Abweichungen von seinen allgemeinen Grundsätzen auf den Aspekt der Branchenüblichkeit gestützt. Insoweit handelte es sich jedoch stets nur um einen zusätzlichen Aspekt, während die Entscheidung im Übrigen auf andere Besonderheiten der konkreten Fallgestaltung gestützt wurde.⁴²

4. Resümee

Im Ergebnis dürfte weitestgehend Einigkeit darüber bestehen, dass die in Unternehmenskaufverträgen üblichen Haftungsbeschränkungen als Teil einer umfassenden Risikoallokation interessengerecht sind und den Käufer nicht über Gebühr belasten. Vor diesem Hintergrund besteht durchaus eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass staatliche Gerichte, sollten sie erstmals über entsprechende Fälle zu entscheiden haben, die Wirksamkeit der infrage stehenden Haftungsbeschränkungen anerkennen würden. Insbesondere das Differenzierungsgebot des § 310 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB bietet für ein solches Ergebnis einen geeigneten Anknüpfungspunkt. Eine rechtssichere Grundlage, auf die sich eine solche Annahme stützen ließe, findet sich in der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung jedoch nicht. Im Gegenteil: Wendet man die Rechtsprechung zu Haftungsbeschränkungen im unternehmerischen Rechtsverkehr auf die in Unternehmenskaufverträgen üblichen Haftungsbeschränkungen an, gelangt man zu dem Ergebnis, dass diese weitestgehend nicht den Anforderungen der §§ 307 ff. BGB genügen und daher unwirksam sind.

⁴¹ Zur Definition des Handelsbrauchs u.a. BGH NJW 1994, 659, 660; BGH NJW 2001, 2331 (= BGHZ 147, 279, 283).

⁴² Siehe oben unter C.IV.3.b.

III. Anlagen- und Industriebauverträge

1. Überblick

Anlagen- bzw. Industriebauverträge⁴³ beinhalten wesentliche Elemente des Bauvertrags, gehen jedoch insoweit darüber hinaus, als sie neben der Errichtung eines Bauwerks auch auf die Errichtung einer Vielzahl von Einzelteilen wie Maschinen, Leitungen und datenverarbeitungstechnische Einrichtungen gerichtet sind, die miteinander zu einem als Einheit funktionierenden Ganzen verbunden werden.⁴⁴ Gegenstand solcher Verträge ist beispielsweise die Errichtung eines Windparks, einer Hüttenanlage, einer Zementproduktion, eines Staudamms mit einem Wasserkraftwerk, einer Raffinerie, eines Walzwerkes, einer Pipeline, einer Fertigungsstraße für Automobile usw.⁴⁵ Vielfach verpflichtet sich dabei der Auftragnehmer, die Anlage schlüsselfertig zu übergeben (*turn-key-Verträge*).

In der juristischen Literatur wird der Anlagenbauvertrag entweder als Werkvertrag oder als Werklieferungsvertrag qualifiziert.⁴⁶ Für die Praxis ist die Einordnung meist ohne Belang, da Anlagenbauverträge nahezu immer auf Grundlage umfangreicher Vertragswerke abgeschlossen werden, die in sich geschlossen sind und das Gesetzesrecht so weit wie möglich abbedingen. Analog der Situation beim Unternehmenskauf handelt es sich hierbei überwiegend um internationale Standards, die maßgeblich durch die anglo-amerikanische Vertragspraxis geprägt sind. Ein Überblick über diese Standards findet sich in den einschlägigen Vertragshandbüchern.⁴⁷ Daneben existieren für den Anlagenbau eine Reihe von Musterbedingungen, die von Branchenverbänden herausgegeben werden.⁴⁸ Am größten ist insoweit die Bedeu-

⁴³ Da es sich beim „Industriebau“ letztlich nur um einen Unterfall des „Anlagenbaus“ handelt, wird nachfolgend nur noch letzterer Begriff verwendet.

⁴⁴ Vgl. *Mallmann* (Fn. 2), S. 18.

⁴⁵ Siehe u.a. Beispiele bei *Lotz*, ZfBR 2003, 424 ff.

⁴⁶ Nachweise bei *Rudolph*, BauR 2012, 557 ff.; *Winz/Scheef*, BauR 2013, 655 ff.

⁴⁷ *Benedict* in: *Roquette/Otto*, Vertragsbuch Privates Baurecht, 2. Aufl. 2011, C.VII. Rn. 13 ff.; *Rosener*, Münchner Vertragshandbuch, Bd. 4, 7. Aufl. 2012, VI,1., S. 739 ff.

⁴⁸ Überblick bei *Cramer* in: *Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht, 2. Auflage 2012, I. Teil, C.I., Rn. 7 ff.; *Rosener* (Fn. 47), S. 777 f.; *Lotz*, ZfBR 2003, 424, 425 ff.

tung der FIDIC-Musterverträge, die speziell in der grenzüberschreitenden Praxis des Anlagenbaus weit verbreitet sind.⁴⁹

2. Branchenübliche Haftungsbeschränkungen

Ähnlich der Situation beim Unternehmenskauf ist es auch beim Anlagenbauvertrag zentrales Anliegen der Beteiligten, die finanziellen Risiken sachgerecht zwischen den Beteiligten aufzuteilen.⁵⁰ Im Fall des Anlagenbaus stehen hierbei zwei Risiken im Mittelpunkt: Das Risiko der nicht termingerechten Fertigstellung der Anlage und das Risiko des Nichterreichens bestimmter Leistungswerte der Anlage.

Als Instrument zur Risikoallokation bedient man sich in erster Linie so genannter „Vertragspönalen“, kraft derer sich der Auftragnehmer verpflichtet, bei Realisierung der genannten Risiken konkret definierte Zahlungen zu leisten.⁵¹ Die Ersatzleistung setzt dabei in der Regel weder voraus, dass den Auftragnehmer ein Verschulden trifft, noch muss der Auftraggeber den Umfang des tatsächlich entstandenen Schadens darlegen und beweisen.⁵² So genannte Terminpönalen adressieren hierbei das Risiko der verspäteten Fertigstellung und verpflichten den Auftragnehmer dazu, für jeden Tag der Verzögerung einen Prozentsatz der Auftragssumme als Ersatz zu leisten.⁵³ Die technischen Pönalen erfassen das Risiko, dass die Anlage nicht die

⁴⁹ Herausgeber der Vertragsmuster ist die Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils (FIDIC). Es existieren verschiedene Muster (man unterscheidet das „Red Book“, das „Yellow Book“ und das „Silver Book“), die zuletzt im Jahr 1999 grundlegend überarbeitet wurden. Näher *Brück* in: *Roquette/Otto*, Vertragsbuch Privates Baurecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 32 ff.

⁵⁰ Zur Interessenlage *Lotz*, ZfBR 2003, 424 f.

⁵¹ Ob diese tatsächlich als Vertragsstrafen oder als pauschalierter Schadensersatz zu qualifizieren sind, wird unterschiedlich beurteilt und ist letztlich auch einzelfallabhängig. Zur Abgrenzung *Schuhmann*, ZfBR 2009, 307 ff.; allgemein *Stoffels*, AGB-Recht, 2. Aufl. 2009, Rn. 886 f. Die „Leistungs-pönalen“ werden zuweilen auch als Minderungen qualifiziert (*Schuhmann*, NZBau 2003, 602).

⁵² Diese haftungserweiternde Wirkung der Vertragspönale ist AGB-rechtlich höchst problematisch (u.a. *Kus/Markus/Steding*, ICLR 1999, 542; *Knüttel/Rieger*, NZBau 2010, 285, 288 ff.). Sofern sie als Schadenspauschalen zu qualifizieren sind, geraten sie u.U. in Konflikt mit den Regelungen der § 309 Nr. 5 a und 5 b BGB, welche auch im unternehmerischen Rechtsverkehr zu beachten sind (u.a. BGH NJW 1998, 592, 593; NJW-RR 1999, 842). Qualifiziert man sie als Vertragsstrafen, verlangt die Rechtsprechung zu Bauverträgen, dass die Haftung insgesamt auf einen Höchstbetrag von maximal 5% der Auftragssumme beschränkt ist und der Tagessatz die Höhe von 0,2% – 0,3% der Auftragssumme nicht überschreitet (ausführlich *Schwab* (Fn. 14), Rn. 1487 ff. m.w.N.; gegen die Geltung der 5% in Anlagenbauverträgen u.a. *Knüttel/Rieger*, NZBau 2010, 285, 290). Ferner wird eine verschuldensunabhängige Haftung von der Rechtsprechung in der Regel als mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unvereinbar angesehen (u.a. BGH NJW 2006, 47, 49 ff. (= BGHZ 164, 196, 210 ff.)).

⁵³ *Benedict* (Fn. 47), Klausel 3 (2) Abs. 2 (Rn. 26); FIDIC Klausel 8.7 (in allen drei Büchern); hierzu *Hök*, ZfBR 2006, 115; *Brück* (Fn. 49), Rn. 146 ff.; *Lotz*, ZfBR 2003, 424, 427 f.; *Hök*, ZfBR 2006, 107, 115 f.; *Rosener* (Fn. 47), S. 640 f.

geschuldeten Leistungswerte erreicht, und definieren konkret, in welchem Umfang Minderleistungen zu einer Zahlungsverpflichtung des Auftragnehmers führen.⁵⁴ Hierbei wird typischerweise auch detailliert geregelt, welche Testmethoden verwandt werden, welche Abweichungen toleriert werden und in welchem Verhältnis die Pönalen zum Recht bzw. zur Pflicht des Auftragnehmers zur Nachbesserung stehen.⁵⁵

Für die vorliegenden Zwecke ist von Bedeutung, dass die beschriebenen Vertragspönalen in mehrerer Hinsicht auch eine haftungsbeschränkende Funktion erfüllen.⁵⁶ Zunächst schließen sie es aus, dass der Auftragnehmer geltend machen kann, ihm sei infolge der Verzögerung oder Minderleistungen ein größerer als der von den Vertragspönalen umfasste Schaden entstanden.⁵⁷ Zu diesem Zweck wird im Vertrag festgelegt, dass die gesetzlichen Ansprüche wegen Verzugs und aus Gewährleistung ausgeschlossen sind und daher nicht neben den Vertragspönalen geltend gemacht werden können.⁵⁸ Des Weiteren wird üblicherweise für die Terminpönalen und die technischen Pönalen jeweils getrennt ein Höchstbetrag vereinbart, ab deren Erreichen eine weitere Haftung des Auftragnehmers ausscheidet.⁵⁹ Im Fall der Terminpönale bewegt sich diese Grenze in der Praxis meist im Bereich von 5 - 10% des

⁵⁴ Siehe *Benedict* (Fn. 47), Klausel 7 (7) (Rn. 53) mit Erläuterung Rn. 58; *Rosener* (Fn. 47), Mustervertrag § 32 Abs. 5 (S. 755) i.V.m. Anlage III Zif. 1 und Zif. 2 (S. 770), Anlage V, Zif. 2 (S. 771 f.); *Lotz*, ZfBR 2003, 424, 428 f. Die FIDIC-Verträge sehen in ihren allgemeinen Bestimmungen keine Leistungspönalen vor, doch werden diese typischerweise in den Vertragsanhängen geregelt (*Rosener* (Fn. 47), S. 643 f.; *Mallmann* (Fn. 2), S. 196).

⁵⁵ *Rosener* (Fn. 47), Mustervertrag § 32 (S. 775), sowie Anlage III, Zif. 4 und Zif. 5 (S. 770 f.); vgl. auch *Lotz*, ZfBR 2003, 424, 428.

⁵⁶ Statt vieler für die Terminpönale *Mallmann* (Fn. 2), S. 260.

⁵⁷ *Rosener* (Fn. 47), Mustervertrag § 43 S. 2 (S. 760); *Benedict* (Fn. 47), Klausel 3 (4) Abs. 3 (Rn. 26); *Benedict* (Fn. 47) mit Hinweis in den Erläuterungen (Rn.58), dass auch andere Gestaltung möglich ist (Pönale neben Schadensersatz); *Schuhmann*, NZBau 2003, 602 (für technische Pönale).

⁵⁸ *Benedict* (Fn. 47), Klausel 3 (4) (Rn. 26), sowie Klausel 7 (8) Abs. 2 (Rn. 53) (möglich bleibt die Kündigung nach Erreichen des Höchstbetrags der Terminpönale), FIDIC Klausel 8.7 (mit Ausnahme im Fall der Kündigung durch den Auftraggeber); *Rosener* (Fn. 47), Mustervertrag § 43, S. 2 (S. 760) für Verzugsregelung.

⁵⁹ *Benedict* (Fn. 47), Klausel 3 (3) (Rn. 34), sowie Klausel 7 (8) Abs. 1 (Rn. 53). Einen gemeinsamen Höchstbetrag für Termin- und Vertragspönalen in Höhe von 5% der Auftragssumme sieht *Rosener* (Fn. 47), Mustervertrag § 46 Abs. 4 (S. 761), Anlage V, Zif. 3 (S. 772) vor, FIDIC Klausel 8.7 verweist insoweit auf die Anlage, in der ein Höchstbetrag angegeben werden kann.

Auftragswerts;⁶⁰ bei den technischen Pönalen ist eine gängige Regelung die Pönalisierung von 1% Minderleistung mit 0,5% des Vertragswertes.⁶¹

Schließlich finden sich in Anlagenbauverträgen üblicherweise weitere, allgemeine Haftungsbeschränkungen. Weit verbreitet sind vor allem Regelungen, wonach die Haftung für Folgeschäden (d.h. insbesondere für entgangenen Gewinn) ausgeschlossen ist, soweit diese nicht von den Vertragspönalen umfasst sind.⁶² Daneben wird praktisch immer eine Gesamtobergrenze (*overall cap*) vereinbart, die für sämtliche gegen den Auftragnehmer gerichteten Ansprüche gilt (neben den Vertragspönalen ist insoweit an Ansprüche aus „direkten“ Schäden, d.h. Schäden am Eigentum des Auftraggebers, zu denken).⁶³ Gängig sind Gestaltungen im Bereich von 15 – 30% des Vertragswerts.⁶⁴ Ausgenommen von den allgemeinen Haftungsbeschränkungen ist üblicherweise die Haftung für Vorsatz, in manchen Fällen auch die Haftung für grobe Fahrlässigkeit.⁶⁵

3. Analyse

Rechtsprechung, die die Vereinbarkeit der beschriebenen Vertragspraxis mit den §§ 307 ff. BGB zum Gegenstand hat, existiert nicht. Auch insoweit müssen daher die allgemeinen, in anderen Bereichen des unternehmerischen Rechtsverkehrs entwickelten Auslegungsgrundsätze auf die Praxis des Anlagenbaus übertragen werden. Hierbei lässt sich wiederum im Ausgangspunkt zwischen der Einzelanalyse und der Gesamtbetrachtung unterscheiden. Mit Blick auf den Zuschnitt des Forschungsvorhabens beschränkt sich die Betrachtung insoweit auf den Aspekt der Haftungsbe-

⁶⁰ *Busch*, NZBau 2011, 1, 5; (15%); *Hök*, ZfBR 2012, 731, 734; *Lotz*, ZfBR 2003, 424, 427; *Schuhmann*, ZfBR 2009, 307, 310.

⁶¹ *Lotz*, ZfBR 2003, 424, 428.

⁶² *Benedict* (Fn. 47), Klausel 10 (1) Abs. 1 S. 2, Abs. 3; *Rosener* (Fn. 47), Mustervertrag § 46 Abs. 5 (S. 761); FIDIC Klausel 17.6; *Cloppenburg*, ZfBR-Beil 2012, 3, 4; *Kollmann*, NJOZ 2011, 625; *Lotz*, ZfBR 2003, 424, 429; *Michaelis de Vasconcellos*, RIW 1997, 455, 462.

⁶³ *Benedict* (Fn. 47), Klausel 10 (1) Abs. 3, 5; *Rosener* (Fn. 47), Mustervertrag § 46 Abs. 2 S. 2 (S. 761); FIDIC Klausel 17.6.

⁶⁴ Vgl. *Lotz*, BauR 2011, 746, 751. *Rosener* (Fn. 47), Mustervertrag § 46 Abs. 2 S. 2 (S. 761) verweist auf den Haftungsumfang und die Deckungssummen der vom Auftragnehmer abzuschließenden Haftpflichtversicherung.

⁶⁵ Rückausnahme für Vorsatz bei *Benedict* (Fn. 47), Klausel 10 (1) Abs. 6; Rückausnahme für betrügerisches Verhalten und grobe Fahrlässigkeit FIDIC Klausel 17.6. letzter Absatz (alle Bücher); gar keine Rückausnahme *Rosener* (Fn. 47), Mustervertrag § 46 (S. 761).

schränkung und behandelt nicht die – unter dem Blickwinkel der §§ 307 ff. BGB ebenfalls problematischen – haftungserweiternden Elemente.⁶⁶

a) Einzelanalyse

Die Einzelanalyse der im Anlagenbau üblichen Haftungsbeschränkungen gelang zu dem Ergebnis, dass diese nicht den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen standhalten.⁶⁷ Im Einzelnen:

Bezüglich der Vertragspönalen ist von Bedeutung, dass diese nicht neben die gesetzlich vorgesehene Haftung für Verzugsschäden und Schadensersatz wegen Nichterfüllung treten, sondern diese ersetzen. Im Ergebnis führt dies dazu, dass auch in Konstellationen, in denen die Voraussetzungen eines gesetzlichen Schadensersatzanspruchs vorliegen, nur eine summenmäßig beschränkte Haftung in Betracht kommt. Sofern die Verdrängung des Gesetzesrechts auch für grobe Fahrlässigkeit gelten soll,⁶⁸ verstößt dies bereits gegen die auch im unternehmerischen Rechtsverkehr maßgebliche Wertung des § 309 Nr. 7b BGB.⁶⁹ Im Übrigen stellt sich die Frage, inwieweit die summenmäßigen Haftungsbeschränkungen mit dem Postulat des BGH vereinbar sind, dass in AGB die Ersatzfähigkeit des vertragstypischen Schadens nicht ausgeschlossen werden kann.⁷⁰ Die Bemessung der Vertragspönale als solche dürfte noch unproblematisch sein, da sie gewöhnlich darauf zielt, (mindestens) den typischerweise entstehenden Schaden abzubilden.⁷¹ Anders liegen die Dinge aber bezüglich der für die beiden Vertragsstrafenarten jeweils kumulierten Höchstbeträge. Dass Höchstbeträge von 5 - 10% des Auftragswerts den vertragstypischen Schaden nicht ansatzweise abdecken, dürfte außer Zweifel stehen und ist wohl auch gar nicht beabsichtigt. Die Beschränkungen basieren vielmehr auf der Erkenntnis, dass eine den gesamten vertragstypischen Schaden umfassende Ersatzpflicht des Auftragnehmers dessen Existenz bedrohen würde und daher vermieden werden soll.⁷² Mit

⁶⁶ Hierzu Fn. 52.

⁶⁷ *Benedict* (Fn. 47), Rn. 16: „Eine Vertragsgestaltung wie die hier vorgeschlagene [...] wäre daher in AGB als bestenfalls höchst unsicher einzustufen.“

⁶⁸ S. Nachweise Fn. 65.

⁶⁹ *Knütel/Rieger NZBau* 2010, 285, 289.

⁷⁰ Hierzu oben unter C.IV.1.d. und C.IV.5.b.

⁷¹ Vgl. *Lotz*, *ZfBR* 2003, 424, 427.

⁷² Vgl. *Benedict* (Fn. 47), Rn. 69; *Lotz*, *ZfBR* 2003, 424.

den Vorgaben des BGH zur Beschränkbarkeit des Haftungsumfangs ist eine solche Gestaltung grundsätzlich nicht vereinbar.

Als nicht AGB-rechtskonform erweisen sich auch der Ausschluss der Haftung für Folgeschäden und die summenmäßige Gesamtobergrenze.⁷³ Im unternehmerischen Rechtsverkehr müssen Folgeschäden vor allem in Form von entgangenem Gewinn ohne Weiteres als vertragstypisch qualifiziert werden.⁷⁴ Im Bereich des Anlagenbaus, wo sich die nicht termingerechte Fertigstellung und das Nichterreichen bestimmter Leistungswerte regelmäßig unmittelbar in einem Produktionsausfall niederschlagen, gilt das in besonderem Maße.⁷⁵ Der Ausschluss von Folgeschäden geht hiernach klar über die vom BGH in AGB als zulässig erachtete Beschränkung des Haftungsumfangs hinaus.⁷⁶ Bezüglich der Gesamtobergrenze gilt das zuvor für die die Vertragsstrafenarten betreffenden Obergrenzen Gesagte entsprechend: Sofern keine Rückausnahme für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit vorgesehen ist, verstößt dies gegen die Wertung des § 309 Nr. 7b BGB. Im Übrigen wird man davon ausgehen müssen, dass auch die Gesamtobergrenze meist nicht den gesamten vertragstypischen Schaden umfasst und daher zumindest unter diesem Gesichtspunkt als unzulässige Beschränkung des Haftungsumfangs zu qualifizieren ist.

b) Korrekturmöglichkeiten

Auch für die in der Praxis des Anlagenbaus verwandten Vertragsstandards stellt sich die Frage, ob die Beurteilung einzelner Vertragsbedingungen anhand der allgemeinen für den unternehmerischen Rechtsverkehr entwickelten Grundsätze der Korrektur bedarf.⁷⁷ Das fein austarierte Vertragsgefüge, das an manchen Stellen zu Gunsten des Auftragnehmers und an anderen Stellen zu Gunsten des Auftraggebers vom dispositiven Recht abweicht, spricht gegen die isolierte Betrachtung einzelner Vertragsklauseln und für eine Gesamtbetrachtung. Ebenso erscheint es unausweichlich zu berücksichtigen, dass die infrage stehende Vertragspraxis nicht nur in Deutsch-

⁷³ *Kollmann*, NJOZ 2011, 625 (bei gleichzeitiger rechtspolitischer Kritik dieses Ergebnisses). Zur Vorhersehbarkeitsformel oben unter C.IV.1.d.

⁷⁴ Vgl. insoweit BGH NJW 1985, 3016, 3018 (hierzu oben unter C.IV.1.d.

⁷⁵ Vgl. *Lotz*, ZfBR 2003, 424,

⁷⁶ *Podehl*, DB 2005, 2453, 2456; vgl. auch *Kollmann*, NJOZ 2011, 625. Ohne konkreten Bezug zum Anlagenbau auch *Schwab* (Fn. 14), Rn. 962.

⁷⁷ Für Unternehmenskaufverträgen bereits oben unter D.II.3.b.

land branchenüblich ist, sondern zugleich einem internationalen Standard entspricht.⁷⁸ Bezüglich der Maßgeblichkeit solcher Einwände gelten im Wesentlichen die zuvor bereits mit Blick auf die Praxis des Unternehmenskaufs getätigten Überlegungen.⁷⁹ Im Einzelnen:

Eine nahe liegende Überlegung besteht darin, die Angemessenheit der Haftungsbeschränkungen damit zu begründen, dass sich der Auftragnehmer in Form der Vertragspönale einer Haftung unterwirft, die meist deutlich über das dispositive Recht hinausgeht (Verzicht auf Verschuldensnachweis, Verzicht auf Nachweis des konkreten Schadens). Der Auftraggeber akzeptiert hiernach die Haftungsbeschränkung, um umgekehrt die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Zahlung der Vertragspönale zu erhalten.⁸⁰ Doch auch insoweit gilt es zu bedenken, dass im Rahmen der §§ 307 ff. BGB nicht jede Form der Kompensation, sondern nur die Kompensation durch eine funktionsgleiche Regelung beachtlich ist.⁸¹ Diesen strengen Anforderungen wird der Zusammenhang zwischen den Haftungsbeschränkungen einerseits und den Vertragspönalen andererseits nicht gerecht. Analog dem zum Verhältnis von Haftungsbeschränkung und Garantien beim Unternehmenskauf Gesagten ist auch insoweit zu konstatieren, dass die Vertragspönalen nicht darauf zielen, die in der konkreten Situation durch die Haftungsbeschränkung auftretenden Nachteile des Auftraggebers auszugleichen.⁸²

Speziell für die FIDIC-Vertragsbedingungen wird vertreten, diese müssten in gleicher Weise wie die VOB/B privilegiert sein, da sie von einem unabhängigen internationalen Ingenieurverband konzipiert werden und eine ausgewogene und angemessene Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer enthalten.⁸³ Man nimmt insoweit Bezug auf die bereits erwähnte Rechtsprechung des BGH, welche nunmehr in § 310 Abs. 1 S. 3 BGB ihren Niederschlag gefunden hat.⁸⁴ Was die qualitative Vergleichbarkeit der FIDIC-Vertragsbedingungen mit der VOB/B anbetrifft,

⁷⁸ Nachdrücklich *Atzpodien/Müller*, RiW 2006, 331, 336 f.

⁷⁹ D.II.3.b.

⁸⁰ Vgl. *Schumann*, ZfBR 2009, 307, 309

⁸¹ Oben Fn. 34.

⁸² Oben D.II.3.b.(1).

⁸³ *Mallmann* (Fn. 2), S. 59 ff.; *Kennedy*, ICLR 2000, 505; Vgl. auch *Brück* (Fn. 49), Rn. 40.

⁸⁴ Nachweise Fn. 37.

wird man dem zustimmen mögen. Unberücksichtigt bleibt insoweit jedoch, dass die Privilegierung nur in Betracht kommt, wenn die Musterklauseln ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen werden.⁸⁵ Diese Anforderung, der die Praxis schon im Zusammenhang mit den VOB/B selten gerecht wird,⁸⁶ lässt sich bei der Anwendung der FIDIC-Vertragsbedingungen kaum erfüllen. Denn alle drei FIDIC-Vertragswerke erfordern den Eintrag diverser variabler Daten.⁸⁷ Hierzu zählen insbesondere auch die Einzelheiten zur Haftungsbeschränkung in Klausel 17.6. Dass diese in der Praxis nicht in den Vertragstext selbst, sondern nur in Anlagen aufgenommen werden,⁸⁸ kann für die Bewertung nicht maßgeblich sein. Im Ergebnis wird eine analoge Anwendung von § 310 Abs. 1 S. 3 BGB bei Vertragsschlüssen auf Grundlage der FIDIC-Vertragsbedingungen daher kaum in Betracht kommen.⁸⁹

Was schließlich den Hinweis auf die (internationale) Branchenüblichkeit entsprechender Vertragsgestaltung anbetrifft,⁹⁰ erscheint es ohne Weiteres vorstellbar, diese im Rahmen des § 310 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB zu berücksichtigen. Analog dem zur Praxis des Unternehmenskaufvertrags Ausgeführten, existiert aber keine Rechtsprechung, anhand derer sich auch nur halbwegs rechtssicher vorhersagen ließe, ob der BGH die in Anlagenbauverträgen üblichen Haftungsbeschränkungen unter Hinweis auf ihre Branchenüblichkeit als angemessen erachten würde.⁹¹

4. Resümee

Zwischen der Vertragspraxis des Anlagenbaus und der Vertragspraxis des Unternehmenskaufs bestehen vielerlei Parallelen: Auch die Vertragspraxis des Anlagenbaus ist durch einen internationalen Standard geprägt, der in vielfacher Hinsicht vom dispositiven (deutschen) Recht abweicht und hierbei in seiner Gesamtheit als sach- und interessengerecht anerkannt wird. Es besteht insoweit zumindest Anlass zur

⁸⁵ Anders nur *Müller-Helle*, RdE 2014, 53, 57.

⁸⁶ Ulmer/Schäfer in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 310 Rn. 35c.

⁸⁷ *Brück* (Fn.49), Rn. 50.

⁸⁸ *Brück* (Fn. 49), Rn. 50.

⁸⁹ Speziell für Offshore-Windparks *Müller-Helle*, RdE 2014, 53, 57: „Bei dem Bau von Offshore-Windparks wird es aber nie zu einer unveränderten Übernahme von Musterverträgen kommen, so dass der Vorschlag einer Übernahme eines FIDIC-Vertrages ‚als Ganzes‘ das Problem der AGB-Inhaltskontrolle in der Praxis nicht lösen können wird.“

⁹⁰ *Atzpodien/Müller*, RiW 2006, 331, 336 f.; *Schuhmann*, ZfBR, 1999, 246, 250.

⁹¹ D.II.3.b.(2).

Hoffnung, dass staatliche Gerichte diesem Befund gegebenenfalls unter Berufung auf § 310 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB Rechnung tragen würden. Eine rechtssichere Grundlage für eine solche Annahme bietet die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung aber in keiner Weise. Wendet man deren für den unternehmerischen Rechtsverkehr entwickelte allgemeine Grundsätze an, kommt man vielmehr zu dem Ergebnis, dass die in der Vertragspraxis des Anlagenbaus verwandten Haftungsbeschränkungen weitgehend nicht den Anforderungen der §§ 307 ff. BGB genügen.

IV. Transport- und Logistikverträge

1. Überblick

Transportverträge haben die Beförderung von Gütern auf den Straßen, den Schienen, dem Luft- und Seeweg zum Gegenstand. Dabei kann der Auftragnehmer entweder die Beförderung als solche (Frachtvertrag) oder aber deren Organisation schulden (Speditionsvertrag). Logistikverträge gehen demgegenüber über die Beförderung hinaus und erfassen zusätzliche logistische Leistungen, wie beispielsweise die Verpackung, Preisauszeichnung, Vormontage usw.⁹² Der Logistikvertrag liegt insbesondere dem Geschäftsmodell der so genannten „Kontraktlogistik“ zu Grunde, auf deren Grundlage ein Unternehmen langfristig über den Transport und die Lagerung hinaus, komplexe logistische Dienstleistungen rund um den gesamten Warenentstehungs- und Vermarktungsprozess des Vertragspartners (z.B. Abwicklung von Bestellungen und Rechnungen, die Erstellung von Belieferungsplänen, die Abstimmung von Abhol- und Lieferzeiten) übernimmt.⁹³ Bei der Kontraktlogistik handelt es sich vielfach um eine Form des Outsourcing.⁹⁴

Gesetzlich geregelt ist das Transportrecht als Sonderrecht der Kaufleute im vierten Buch des HGB. Vorliegend von Interesse sind primär die den Frachtvertrag betreffenden §§ 407 ff. HGB und die den Speditionsvertrag betreffenden §§ 453 ff. HGB. Abweichend vom allgemeinen Zivilrecht enthalten diese Regelungen einige Besonderheiten, die in ihrer Grundstruktur demjenigen Regelungsmuster ähneln, das

⁹² Vgl. *Czerwenka* in: MünchKommHGB, 2. Aufl. 2009, § 407 Rn. 82; *Reuschle* in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2009, Vorbem. vor § 407 Rn. 185 ff.

⁹³ *Mühlencoert*, Kontraktlogistik-Management, 2012, S.19 sowie umfassend zu den möglichen Leistungsbestandteilen S. 106 ff.; *Schriefers*, TranspR 2009, 11 ff.

⁹⁴ Vgl. *Mühlencoert* (Fn. 93), S. 1 ff.; zur Abgrenzung *Gimmler*, Transport- und Logistikvertragsrecht, 2009, S. 524.

sich als Marktstandard im Bereich des Unternehmenskaufs und des Anlagenbaus im Wege der Vertragsgestaltung herausgebildet hat: Haftungsverschärfungen auf Tatbestandseite korrespondieren mit Beschränkungen des Haftungsumfangs. So enthalten zunächst die §§ 425, 461 Abs. 1 HGB für Frachtführer bzw. Spediteure eine Obhutshaftung, die kein Verschulden voraussetzt und insoweit eine deutliche Verschärfung gegenüber dem durch das Verschuldensprinzip geprägten allgemeinen Zivilrecht enthält.⁹⁵ Im Gegenzug sehen die §§ 429 ff., 461 Abs. 1 S. 2 HGB zahlreiche (auch summenmäßige) Beschränkungen vor, die den Umfang der Haftung von Frachtführer und Spediteur abweichend von den §§ 249 ff. BGB erheblich einschränken. Es gilt unter anderem das so genannte Wertersatzprinzip, das die Geltendmachung von Folgeschäden grundsätzlich ausschließt. Gerechtfertigt werden die Haftungsbeschränkungen damit, dass Frachtführer und Spediteur nicht mit für sie unabsehbaren Schadensersatzrisiken aus der Sphäre von Absender und Empfänger belastet werden sollen und nur durch eine solche Risikoverteilung dem Frachtführer eine sinnvolle Kostenkalkulation möglich sei.⁹⁶

Logistikverträge sind demgegenüber nicht gesetzlich geregelt. Aufgrund der von ihnen erfassten unterschiedlichen Leistungen finden auf sie die Regeln über typengemischte Verträge Anwendung.⁹⁷ Die Gewährleistung richtet sich hiernach teilweise nach dem Fracht-, Speditions- und Lagerrecht des HGB, wohl schwerpunktmäßig aber nach den Regeln des allgemeinen Dienst- oder Werkvertragsrechts.⁹⁸ Schadensersatzansprüche sind hiernach kraft Gesetzes zumeist verschuldensabhängig und in ihrem Umfang unbeschränkt.⁹⁹

⁹⁵ Mit Blick auf § 426 HGB ließe sich auch vertreten, dass es sich um eine Haftung für vermutetes Verschulden mit sehr hohen Anforderungen an die Sorgfalt handelt (vgl. *Herber* in: MünchKommHGB, 2. Aufl. 2009, Vor § 425 Rn. 8).

⁹⁶ *Herber* (Fn. 95), § 429 Rn. 3 unter Berufung auf die Regierungsbegründung.

⁹⁷ *Krins*, TranspR 2007, 269, 271 ff.; *Reuschle* (Fn. 92), § 407 Rn. 187; *Mühlencoert* (Fn. 93), S. 95 ff.; *Gimmler* (Fn. 94), S. 450 ff. m.w.N. Hiervon zu unterscheiden sind „beförderungsbezogene“ Nebenleistungen, die den Regelungen der §§ 407 ff., 453 ff. HGB unterfallen (zur Abgrenzung *Merk* in: *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl. 2014, § 407 Rn. 20, § 454 Rn. 3).

⁹⁸ Ausführlich *Krins*, TranspR 2007, 269, 271 ff. Siehe auch *Schriefers*, TranspR 2009, 11, 12; *Mühlencoert* (Fn. 93), S. 106 f.

⁹⁹ Vgl. *Bahnsen*, TranspR 2010, 19, 25; *Bydlinski* in: MünchKommHGB, 2. Aufl. 2009, § 461 Rn. 14. *Czerwenka* (Fn. 92), § 407 Rn. 82; *Rinkler*. *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2. Aufl. 2009, § 461 Rn. 21; *Valder*, TranspR 2013, 135, 135 f.

2. Branchenübliche Haftungsbeschränkungen

a) Transportverträge

Ungeachtet der bereits kraft Gesetzes eingreifenden Haftungsbeschränkungen ist es auch bei Transportverträgen üblich, vertraglich weitergehende Haftungsbeschränkungen zu vereinbaren. Zentrale Bedeutung haben hierbei die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp) in ihrer Fassung von 2003, die von verschiedenen Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft zur Anwendung empfohlen werden und eine hohe Marktakzeptanz aufweisen.¹⁰⁰ Die Rechtsprechung ging in der Vergangenheit grundsätzlich von einer stillschweigenden Einbeziehung der ADSp aus,¹⁰¹ einige Instanzgerichte halten auch nach der Transportrechtsreform daran fest.¹⁰²

Für *Güterschäden* erstreckt zunächst Ziff. 22.3 ADSp den in den §§ 429, 430 HGB für die Fälle der Obhutshaftung angeordneten Ausschluss der Haftung für Folgeschäden¹⁰³ auf alle Fälle, in denen der Spediteur¹⁰⁴ für Güterschäden haftet. Betroffen hiervon ist die Haftung des Spediteurs aus den §§ 454, 461 Abs. 2 HGB und die des Lagerhalters aus § 475 HGB sowie die Haftung im Zusammenhang mit logistischen Zusatzleistungen aus § 280 BGB.¹⁰⁵ Allen Ansprüchen ist gemeinsam, dass sie Verschulden voraussetzen und ihrem Umfang nach unbeschränkt sind. Die Ziff. 23.1.1. und 23.1.4 ADSp enthalten summenmäßige Haftungsbeschränkungen für Güterschäden (5 Euro für jedes Kilogramm des Rohgewichts der Sendung sowie pro Schadensfall maximal 1 Mio. Euro oder 2 Rechnungseinheiten je Kilogramm, je nachdem, welcher Betrag höher ist), die über die gesetzlichen Beschränkungen der §§ 431 Abs. 1, 461 Abs. 1 S. 2 HGB hinausgehen. Für *Vermögensschäden* ist Ziff.

¹⁰⁰ Nach einer Umfrage des DIHK Seminar 1999 verwenden rund 94% der deutschen Speditionen die ADSp (*Bahnsen* in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2009, Vor Ziff. 1 ADSp Rn. 26). Hinzuweisen ist des Weiteren auf die Vertragsbedingungen für den Güterkraftverkehr, Speditionen und Logistikunternehmer (VBGL), deren Verbreitung jedoch nicht annähernd an die der ADSp heranreicht (*Wieske*, VersR 2006, 336, 339).

¹⁰¹ U.a. BGH NJW-RR 1989, 481.

¹⁰² Nachweise bei *Bahnsen* (Fn. 100), Vor Ziff. 1 ADSp Rn. 22 ff.; zum Ganzen ausführlich auch *Koller* in: *Koller*, Transportrecht, 8. Aufl. 2013, Vor Ziff. 1 ADSp Rn. 11 ff. m.w.N.

¹⁰³ Vgl. *Koller* (Fn.102), Ziff. 22 ADSp Rn. 7.

¹⁰⁴ Der Begriff des „Spediteurs“ im Rahmen der ADSp umfasst über das Begriffsverständnis des HGB hinaus auch den Frachtführer und den (vorliegend nicht interessierenden) Lagerhalter (*Koller* (Fn.102). Ziff. 1 ADSp Rn. 1).

¹⁰⁵ Zum letzteren vgl. *Koller* (Fn.102), Ziff. 22 ADSp Rn. 8).

23.3 ADSp einschlägig,¹⁰⁶ die den Anwendungsbereich der Haftungsbeschränkung des § 433 HGB (das Dreifache des Betrags, der bei Verlust des Guts zu zahlen wäre) über die Fälle der Obhutshaftung hinaus auch auf die oben genannten verschuldensabhängigen Ansprüche erstreckt und um die zusätzliche Höchstgrenze von 100.000 € pro Schadensfall ergänzt.¹⁰⁷ *Schadensartübergreifend* sieht Ziff. 23.4 ADSp eine summenmäßige Haftungsbeschränkung bei so genannten Kumulschäden vor, wonach bei Schadensereignissen, die zu Ansprüchen mehrerer Anspruchsteller führen, die Haftung auf 2 Mio. Euro oder zwei Rechnungseinheiten je Kilogramm, je nachdem, welcher Betrag höher ist, beschränkt wird. Schließlich definiert Ziff. 27 ADSp *Rückausnahmen* von den zuvor beschriebenen Haftungsbeschränkungen, die deren Vereinbarkeit mit den §§ 307 ff. BGB sicherstellen sollen. Von Bedeutung ist insoweit vor allem Ziff. 27.1 ADSp, die für den Bereich der verschuldensabhängigen Spediteurshaftung (insbesondere § 461 Abs. 2 HGB) Haftungsfälle, in denen der Schaden (i) durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Spediteurs oder seiner leitenden Angestellten oder (ii) durch die Verletzung vertragswesentlicher Pflichten verursacht wurde, vom Anwendungsbereich der Haftungsbeschränkung ausschließt. In letzterem Fall entfallen die Haftungsbeschränkungen indes nicht ersatzlos, sondern werden gemäß Ziff. 27.1 a.E. durch eine Haftungsbeschränkung auf den „vorhersehbaren, typischen Schaden“ ersetzt.

b) Logistikverträge

Da der Anwendungsbereich der ADSp auf spedititionsübliche Leistungen beschränkt ist (Ziff. 2.1. ADSp), sind sie als Grundlage von Logistikverträgen nur bedingt geeignet.¹⁰⁸ Der Deutsche Spediteur- und Logistikverband e.V. (DSLTV) hat aus diesem Grund für über die ADSp hinausgehende logistische Leistungen die Logistik-AGB entwickelt, welche in Ziff. 14 ebenfalls eine Freizeichnungsklausel enthalten.¹⁰⁹ Im

¹⁰⁶ Auch wenn sich die Regelung (im Unterschied zu § 433 HGB) vom Wortlaut auch auf Güterschadenfolgeschäden erstreckt, spielt sie für diese keine Rolle, da der Ersatz von Güterschadenfolgeschäden bereits durch Ziff. 22.3. ADSp ausgeschlossen ist (vgl. *Bahnsen* (Fn. 100), ADSp Zif. 23 Rn. 20).

¹⁰⁷ Ausweislich Ziff. 23.3 S. 2 ADSp gilt die Ergänzung aber nicht innerhalb des originären gesetzlichen Anwendungsbereichs von § 433 HGB.

¹⁰⁸ *Krins*, TranspR 2007, 269, 273 f. Wobei der Anwendungsbereich der ADSp selbstverständlich vertraglich erweitert werden kann (*Gimmler* (Fn. 94), S. 469).

¹⁰⁹ Die Logistik-AGB sind vorrangig für das logistische Tagesgeschäft („Zurufgeschäft“) konzipiert (*Krins*, TranspR 2007, 269, 274).

Einzelnen findet sich dort eine Haftungsbeschränkung auf (i) 20.000 € je Schadensfall, (ii) auf 100.000 € bei mehr als vier Schadenfällen gleicher Ursache bzw. bei Serienschäden und (iii) auf 500.000 € für alle Schadenfälle innerhalb eines Jahres. Die Rückausnahmen bei „qualifiziertem Verschulden“ in Ziff. 15 Logistik-AGB entsprechen denen der Ziff. 27.1 ADSp.

Im Bereich der durch hohe Vertragsvolumina gekennzeichneten Kontraktlogistik liegen den Vertragsabschlüssen in der Regel auf den Einzelfall zugeschnittene, umfangreiche Verträge zu Grunde.¹¹⁰ Standardmäßig werden hierbei summenmäßige Haftungsbeschränkungen vereinbart, die gegebenenfalls nach einzelnen Risikokategorien (Elementarrisiken, Inventarrisiko etc.) differenzieren.¹¹¹ Häufig enthalten die Verträge auch einen Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit, eine Begrenzung der Haftung auf einen bestimmten Betrag pro Rohgewicht, einen bestimmten Betrag pro Schadensfall und einen bestimmten Jahreshöchstbetrag.¹¹² Üblich ist auch die Vereinbarung so genannter *Key Performance Indicators*, d.h. konkreter Leistungsparameter (einschließlich der zu ihrer Feststellung maßgeblichen Kontrollmechanismen), deren Erreichen bzw. Nichterreichen konkret definierte Auswirkungen auf die Vergütung hat bzw. (vielfach verschuldensunabhängig) Vertragsstrafen oder pauschalisierte Schadensersatzansprüche auslöst.¹¹³

3. Analyse

a) Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen (ADSp)

Mit Blick auf die ADSp erweisen sich vor allem die Haftungsbeschränkungen für Güterschäden als problematisch.¹¹⁴ Unkritisch sind die Ziff. 23.1.1 und Ziff. 23.1.4. ADSp zwar insoweit, als sie für die verschuldensunabhängige Obhutshaftung

¹¹⁰ Schmid in: Knorre/Demuth/Schmid, Transportrecht, III. Logistik, Rn. 58. Dies impliziert indes nicht, dass diese nicht der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB unterfallen (s. oben D.I.2).

¹¹¹ Vgl. Krins, TranspR 2007, 269 ff.; Schmid (Fn.110), Rn. 47, 49 f., 58.

¹¹² Krins, TranspR 2007, 269; Schmid (Fn. 110), Rn. 51.

¹¹³ Ausführlich Mühlencoert (Fn. 93), S. 124, 135 ff.; vgl. auch Schriefers, TranspR 2009, 11, 14.

¹¹⁴ Ziff. 23.3 ADSp erscheint demgegenüber unproblematisch, da sich die Regelung im Wesentlichen an § 433 HGB orientiert (Bahnsen (Fn. 100), ADSp Ziff. 23 Rn. 28; kritisch Heuer, TranspR 2004, 114, 115). Umgekehrt besteht Einigkeit darüber, dass Ziff. 23.4 ADSp schon deshalb unwirksam ist, weil die Regelung keinen Rückausschluss für Personen- und Sachschäden enthält (u.a. Vogt in: Graf v. Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke (34. Ergänzungslieferung), Transportrecht, Rn. 256; Bahnsen, TranspR 2010, 19, 26).

Höchstsummen einführen bzw. die kraft Gesetzes vorgesehenen Haftungsbeträge verringern. Denn insbesondere Ziff. 23.1.1 ADSp bewegt sich hierbei innerhalb der vom Gesetzgeber ausdrücklich definierten Korridore der §§ 449 Abs. 2, 466 Abs. 2 HGB.¹¹⁵ Bedenklich erscheint jedoch, dass die ADSp darüber hinaus auch für den Bereich der *verschuldensabhängigen* Haftung für Güterschäden rigide summenmäßige Haftungsbeschränkungen (Ziff. 23.1.1 und Ziff. 23.1.4. ADSp)¹¹⁶ sowie einen Haftungsausschluss für Folgeschäden (Ziff. 22.3 ADSp) vorsehen. Hierin liegt ersichtlich eine Abweichung von dem in den §§ 407 ff., 453 ff. HGB enthaltenen Regelungsmuster, wonach der Ausschluss bzw. die Beschränkung der Haftung für Güterschäden stets mit einer Haftungsverschärfung auf Ebene des Haftungsgrunds (verschuldensunabhängige Obliegenheitshaftung) korrespondiert.¹¹⁷ Dies alleine macht die Haftungsbeschränkungen der ADSp zwar nicht unzulässig. Die Abweichung bedeutet aber, dass die Haftungsbeschränkungen ihre Legitimation nicht aus den Besonderheiten der §§ 407 ff., 453 ff. HGB beziehen können, sondern sich an den allgemeinen für die Freizeichnung von einer verschuldensabhängigen Haftung entwickelten Grundsätzen messen lassen müssen.¹¹⁸ Einschlägig ist insoweit vor allem die Vorgabe des BGH, wonach Haftungsbeschränkungen grundsätzlich nicht die Ersatzfähigkeit des vorhersehbaren, vertragstypischen Schadens ausschließen dürfen.¹¹⁹ Ihr wird eine Bemessung des Schadensumfangs am Rohgewicht der Güter kaum gerecht. Erst recht unvereinbar mit dem Postulat des BGH dürfte der Ausschluss von

¹¹⁵ *Bahnsen* (Fn. 100), ADSp Ziff. 23 Rn. 27 („unproblematisch“). Die herrschende Meinung geht allerdings davon aus, dass eine Inhaltskontrolle gleichwohl möglich ist (*Herber*, TranspR 1998, 344, 345; *Schmidt* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, Klausel A 95 jeweils m.w.N.).

¹¹⁶ Der Anwendungsbereich der Normen ist nicht auf die Fälle der Obhutshaftung beschränkt, sondern gilt auch für die Haftung aus den §§ 461 Abs. 2, 475 HGB sowie die Haftung aus § 280 BGB.

¹¹⁷ Diesen Zusammenhang betonend u.a. *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 31 Rn. 22; *Frantziöch* in: *MünchKommHGB*, 2. Aufl. 2009, § 475 HGB, Rn. 1. Eine Ausnahme gilt lediglich für § 433 HGB, der eine Haftungsbeschränkung auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Obliegenheitshaftung vorsieht. Dieser betrifft allerdings eine andere Schadenskategorie und sieht zudem – nicht zuletzt um „Verwerfungen im allgemeinen Zivilrecht“ zu verhindern (BT-Drucks. 368/97, S. 67) – eine vergleichsweise hohe Haftungshöchstsumme vor.

¹¹⁸ So im Ausgangspunkt auch *Koller* (Fn. 102), § 461 Rn. 41, der bezüglich der Einschränkung von § 461 Abs. 2 HGB auf die „allgemein anerkannten Grenzen“ verweist.

¹¹⁹ Zur Vorhersehbarkeitsformel des BGH oben unter C.IV.1.d.

Folgeschäden sein, da insbesondere der hiervon betroffene entgangene Gewinn zweifellos dem vertragstypischen Schaden zuzurechnen ist.¹²⁰

Wenn in der Literatur die in den Ziff. 22.3, 23.1.1 und 23.1.4 ADSp enthaltenen Haftungsbeschränkungen dennoch ganz überwiegend als wirksam erachtet werden,¹²¹ beruht dies wohl im Wesentlichen auf dreierlei: Zum Ersten auf der Sonderrolle, die die Rechtsprechung den ADSp in der Vergangenheit zugebilligt hat,¹²² zum Zweiten auf der Branchenüblichkeit und Akzeptanz entsprechender Haftungsbeschränkungen und zum Dritten auf der Erwägung, dass für den Spediteur die Betriebsrisiken der Beteiligten nicht vorhersehbar und deshalb auch schwer versicherbar seien.¹²³ Ob dies aber genügt, um die genannten Regelungen auch zukünftig vor dem Verdikt der Unangemessenheit zu bewahren, erscheint nicht frei von Zweifeln. Einige jüngere Entscheidungen des BGH legen die Annahme nahe, dass die Richter nicht mehr gewillt sind, den ADSp eine Sonderrolle zuzubilligen.¹²⁴ Hinzu kommt, dass die großzügige Haltung der Rechtsprechung zu den Haftungsfreizeichnungen der ADSp in der Vergangenheit ersichtlich dadurch beeinflusst war, dass diese durch eine Schadensversicherung zu Gunsten des Auftraggebers kompensiert wurden.¹²⁵ Nachdem dieses System der „Haftungsübernahme durch Versicherungsschutz“ im

¹²⁰ Vgl. wiederum BGH NJW 1985, 3016, 3018 (hierzu oben unter C.IV.1.d). Verstärkt werden die Bedenken durch den geringen Anwendungsbereich der Rückausnahme in Ziff. 27.1. ADSp, wonach die Haftungsbeschränkungen bei der Verletzung von nicht vertragswesentlichen Pflichten durch einfache Erfüllungsgehilfen selbst dann Anwendung finden, wenn diese grob fahrlässig oder gar vorsätzlich gehandelt haben (vgl. *Bahnsen*, TranspR 2010, 19, 25, der allerdings nur auf die grobe Fahrlässigkeit abstellt). Ebenfalls bedenklich ist, dass für den Fall der vorsätzlichen Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht durch einen einfachen Erfüllungsgehilfen die Haftungsbeschränkungen nicht ersatzlos entfallen, sondern gemäß Ziff. 27.1 a.E. durch eine Beschränkung auf den vertragstypischen Schaden ersetzt werden. Ziff. 27.1. ADSp steht insoweit in mehrfacher Hinsicht im Widerspruch mit den von der herrschenden Meinung postulierten Grenzen von Haftungsfreizeichnungen und beruht offenbar allein auf einem (fragwürdigen) Umkehrschluss zu einer Formulierung in BGH NJW-RR 2006, 267, 269.

¹²¹ *Bahnsen* (Fn. 100), ADSp Ziff. 22 Rn. 19, Ziff. 23 Rn. 27; *Koller* (Fn. 102) ADSp Ziff. 22 Rn. 10; *Schmidt* in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, Klausel A 94 f.

¹²² Vgl. u.a. BGH NJW-RR 2002, 536, 537 (i.V.m. BGH NJW 1995, 2224, 2225 f. (= BGHZ 129, 323, 327 f.); BGH NJW 1995, 3117, 3118 f. (= BGHZ 129, 345, 349)), wo der BGH für die ADSp sogar das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion durchbrochen hat.

¹²³ Nachweise Fn. 121.

¹²⁴ BGH NJW 2003, 1397, 1398 (= BGHZ 153, 308); BGH NJW-RR 2006, 267 ff. Vgl. auch die Einschätzung von *Heuer*, TranspR 2004, 114 ff.

¹²⁵ BGH TranspR 1991, 114, 117.

Jahr 2003 abgeschafft wurde,¹²⁶ steht zu erwarten, dass künftige höchstrichterliche Rechtsprechung diesen veränderten Umständen bei der Inhaltskontrolle der haftungsbeschränkenden ADSp Rechnung tragen wird.¹²⁷ Die (internationale) Branchenüblichkeit entsprechender Haftungsbeschränkungen lässt sich nicht in Abrede stellen, dürfte den BGH als solche aber kaum davon abhalten, die Klausel als unzulässig zu verwerfen.¹²⁸ Es bleibt der Hinweis auf die ökonomischen Interessen des Spediteurs an der Kalkulierbarkeit seiner Haftungsrisiken. Er ist ohne weiteres überzeugend, fehlt es dem Spediteur doch vielfach am Wissen, welchem Zweck die transportierten Güter dienen und welche Folgeschäden daher möglich sind. Allerdings gilt es zu bedenken, dass es sich insoweit nur bedingt um ein Spezifikum des Transportrechts handelt. Der Umfang von Folgeschäden wird stets durch bestimmte Umstände aus der Sphäre des Auftraggebers determiniert, die für den Auftragnehmer vielfach nicht einsehbar sind. Außerhalb des Transportrechts hat dies den BGH gleichwohl nicht davon abgehalten, auf den vertragstypischen Schaden als AGB-festen Mindesthaftungsumfang zu bestehen.

b) Logistik-AGB und Haftungsbeschränkungen im Bereich der Kontraktlogistik

Die vorangegangenen Überlegungen gelten sinngemäß für die Haftungsbeschränkungen der Ziff. 14 Logistik-AGB und die im Bereich der Kontraktlogistik üblichen Haftungsbeschränkungen. Insoweit ist wiederum zu bedenken, dass die Klauseln im Bereich der Güterschäden auch, wenn nicht sogar überwiegend, auf verschuldensabhängige Tatbestände Anwendung finden. Die für die Obliegenhaftung geltenden Haftungsbeschränkungen der §§ 429 - 431 HGB (i.V.m. § 461 Abs. 1 HGB) müssen daher als legislatives Vorbild ausscheiden. Maßgeblich sind stattdessen die allgemeinen Grundsätze, wonach Haftungsbeschränkungen nur zulässig sein sollen, sofern der Ersatz des vertragstypischen Schadens sichergestellt ist.¹²⁹ Diesen Anforderungen werden die Regelungen der Ziff. 14 Logistik-AGB, welche sich an den Haf-

¹²⁶ Nunmehr wird eine Versicherung nur noch abgeschlossen, wenn der Auftraggeber dies ausdrücklich wünscht. Vgl. auch OLG Naumburg NJOZ 2004, 1649 ff.

¹²⁷ *Frantziach* (Fn. 117), § 475 Rn. 23 f.; *Heuer*, TranspR 2003, 1; *ders.*, TranspR 2004, 114, 116 f.

¹²⁸ Siehe nur in Bezug auf Ziff. 24 ADSp (Fassung 1998), der Vorgängerregelung der heutigen Ziff. 27 ADSp, BGH NJW-RR 2006, 267, 269.

¹²⁹ Zur Vorhersehbarkeitsformel des BGH oben unter C.IV.1.d.

tungsbeschränkungen des Fracht- und Speditionsrechts orientieren, nicht gerecht. Denn ein Zusammenhang zwischen dem Rohgewicht der Güter bzw. dem (bisherigen) Schadensvolumen pro Kalenderjahr einerseits und dem Umfang des vertragstypischen Schadens andererseits besteht kaum bis gar nicht. Auch die im Bereich der Kontraktlogistik üblichen Haftungsbeschränkungen dürften hiernach in aller Regel nicht mit den höchstrichterlichen Grundsätzen vereinbar sein. Sofern sie sich an Ziff. 14 Logistik-AGB orientieren, folgt dies aus dem soeben Gesagten. Mit Blick auf abweichende Gestaltungen wird man konstatieren müssen, dass diese wohl in gleicher Weise wie im Bereich des Unternehmenskaufs und des Anlagenbaus tendenziell darauf gerichtet sind, die Risiken vertragstypischer Folgeschäden zwischen den Parteien aufzuteilen und daher in einem grundsätzlichen Konflikt zu den vom BGH für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen entwickelten Grundsätzen stehen.¹³⁰

4. Resümee

Auch im Bereich des Transportrechts besteht erhebliche Unsicherheit, ob die branchenüblichen Haftungsbeschränkungen den Anforderungen der §§ 307 ff. BGB genügen. Das gilt zunächst einmal für die vor allem im klassischen Fracht- und Speditionsbereich eingesetzten ADSp, sofern man ihnen keinen Sonderstatus zubilligt und sie an den allgemeinen Grundsätzen der Inhaltskontrolle misst. Noch größer und für die Praxis wohl auch bedeutsamer sind darüber hinaus die Bedenken gegenüber denjenigen Haftungsbeschränkungen, die im Bereich der Kontraktlogistik üblich sind. Da hier die gesetzlichen Haftungsbeschränkungen des Fracht- und Speditionsrechts überwiegend keine Anwendung finden, haben die Parteien ein besonderes Interesse an einer vertraglichen Risikoallokation. Dabei stoßen sie jedoch auf das Problem, dass die Begrenzung des vertragstypischen Schadensrisikos durch Haftungshöchstgrenzen von der Rechtsprechung auch im unternehmerischen Rechtsverkehr als nicht mit den §§ 307 ff. BGB vereinbar angesehen wird.

¹³⁰ Oben D.II.3.a. und D.III.3.a.

V. Dienstleistungsverträge (insbesondere Outsourcing)

1. Überblick

Der gesetzlich nicht definierte Begriff des Dienstleistungsvertrags umfasst eine Vielzahl von Vertragsgestaltungen, die insbesondere den Unterkategorien der Dienst- und Werkverträge zuzuordnen sind.¹³¹ Die nachfolgenden Ausführungen wenden sich exemplarisch der Vertragsgestaltung im Bereich des Outsourcing zu, bei der es sich um eine für die Praxis besonders bedeutsame Ausformung des Dienstleistungsvertrags handelt.¹³² Gegenstand des Outsourcing und somit von Outsourcing-Verträgen können nahezu alle Teile der Wertschöpfungsaktivitäten eines Unternehmens sein.¹³³ Besonders verbreitet ist das Outsourcing von Leistungen der elektronischen Datenverarbeitung (IT), die daher auch im Mittelpunkt der nachfolgenden Ausführungen stehen.¹³⁴ Gegenstand solcher Verträge können beispielsweise die Durchführung von Datenverarbeitungsleistungen durch ein Rechenzentrum,¹³⁵ die Cloud-Nutzung¹³⁶ oder die Überlassung von Software im Verbund mit weiteren Serviceleistungen sein.¹³⁷

Für die Gestaltung von Outsourcing-Verträgen steht kein gesetzlicher Vertragstypus zur Verfügung. Es handelt sich mithin um typengemischte Verträge in Form von Dauerschuldverhältnissen, die verschiedene Elemente, wie u.a. des Kauf-, des Werk-, Dienst- und Mietvertrages, beinhalten.¹³⁸ Das wesentliche Ziel bei der Gestaltung von IT-Outsourcing-Verträgen besteht darin, die geschuldeten IT-Leistungen nachvollziehbar und messbar zu machen.¹³⁹ In der Praxis geschieht dies dadurch, dass neben einem Outsourcing-Rahmenvertrag, der die grundlegenden

¹³¹ Vgl. Gliederung bei *Wurmnest* (Fn. 27), § 307 Rn. 123 ff.

¹³² Einer solchen Qualifikation steht nicht entgegen, dass Outsourcing-Verträge zuweilen auch mietrechtliche Elemente aufweisen, da der Schwerpunkt regelmäßig auf der Dienstleistung liegt (*Mann*, MMR 2012, 499).

¹³³ Das gilt – wie gesehen – auch für Logistik-Leistungen (s.o. unter D.IV.1.).

¹³⁴ Zur Marktbedeutung des IT-Outsourcing *Bartsch* in: Hoffmann-Becking Rawert, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 11. Aufl. 2013, 7.Outsourcing, Anm. 1.

¹³⁵ Vgl. *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rn. 782.

¹³⁶ Vgl. *Stögmüller* in Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 4, Rn. 1.

¹³⁷ So genanntes „Application Service Providing“ (*Redeker* (Fn. 135), Rn. 1124, 1125).

¹³⁸ *Bräutigam* CR 2004, 248, 249; *Redeker*, (Fn. 135), Rn. 801b; *Schuster*, CR 2009, 205; *Hörl/Häuser*, CR 2003, 713; *Mann*, MMR 2012, 499 f.

¹³⁹ *Blöse/Pechardscheck*, CR 2002, 785, 787.

Rechte und Pflichten der Vertragsparteien enthält, im Anhang dazu Leistungsbeschreibungen in sog. *Service Level Agreements* aufgenommen werden.¹⁴⁰ Zur Festlegung der Leistungsgüte in Form von quantitativen und qualitativen Zielen kommen hierbei die bereits im Zusammenhang mit Logistikverträgen erwähnten *Key Performance Indikatoren* zum Einsatz, mit deren Hilfe beispielsweise konkrete Reaktions- oder Bearbeitungszeiten vereinbart werden.¹⁴¹ Ergänzt werden die *Service Level Agreements* meist durch ein vertragliches Regime, das die Rechtsfolgen von Nicht- oder Schlechtleistungen bestimmt und an die Stelle des als nicht geeignet empfundenen¹⁴² gesetzlichen Gewährleistungsregimes tritt.¹⁴³ Für die Unterschreitungen der Service Level werden hierbei konkret definierte Sanktionen in Form von pauschalier- ten Minderungen der Vergütung (z.T. als malus-Regelungen bezeichnet), Vertrags- strafen oder pauschalier-tem Schadensersatz vereinbart.¹⁴⁴ Vielfach wird dabei zu- mindest die Vertragsauslegung ergeben, dass die Sanktion verschuldensunabhängig eingreifen soll.¹⁴⁵

2. Branchenübliche Haftungsbeschränkung

Pflichtverletzungen des Auftragnehmers im Zusammenhang mit dem IT-Outsourcing können unkalkulierbare und existenzbedrohende Folgeschäden nach sich ziehen.¹⁴⁶

¹⁴⁰ *Bartsch* (Fn. 134); ausführlich *Bräutigam*, CR 2004, 248 ff.; *Rath*, K & R 2007, 362 ff.; *Schumacher*, MMR 2006, 12; *Söbbing*, Handbuch IT-Outsourcing, 3. Aufl. 2006, S. 564 ff.

¹⁴¹ Mit unterschiedlichen terminologischen Akzentuierungen *Bräutigam*, CR 2004, 248, 252 f.; *Söbbing* (Fn. 2) Rn. 686; *Hörl/Häuser*, CR 2003, 713, 717; *Rath*, K & R 2007, 36 ff.

¹⁴² Statt vieler *Mann*, MMR 2012, 499, 501; *Schreibauer/Taraschka*, CR 2003, 557, 561.

¹⁴³ Wobei das Verhältnis des vertraglichen Gewährleistungsregimes zum Gesetzesrecht nicht immer klar geregelt zu sein scheint (s. Kritik von *Rath*, K & R 2007, 362, 365). Das Muster von *Bartsch* ((Fn. 134), Anm. 45 a.E.) sieht vor, dass die Vertragsstrafe noch nicht einmal auf den Schadensersatz angerechnet wird. Vgl. auch *Schuster*, CR 2009, 205, 208 f. und *Schumacher*, MMR 2006, 12, 15.

¹⁴⁴ *Bräutigam*, CR 2004, 248, 251 f.; *Hörl/Häuser*, CR 2003, 713, 717; *Schumacher*, MMR 2006, 12, 14 ff.; *Schreibauer/Taraschka*, CR 2003, 557, 561 ff. Siehe Beispiele bei *Bartsch* (Fn. 134), Anm. 45. Vielfach sind die Sanktionssysteme auch „gestuft“, d.h. sehen für geringe Abweichungen Entgelt- kürzungen, für stärkere Abweichungen Vertragsstrafen und als ultima ratio das Recht zur fristlosen Kündigung vor (*Hörl/Häuser*, CR 2003, 713, 717). Verortet werden die Sanktionsregelungen entweder im Zusammenhang mit den Service Level Agreements selbst oder im Hauptvertrag (vgl. Mustervertrag von *Bartsch* (Fn. 134), §§ 23 ff. einschließlich Anm. 22; *Blöse/Pechardscheck*, CR 2002, 785, 790; *Schumacher*, MMR 2006, 12, 15).

¹⁴⁵ *Söbbing* (Fn. 2), S. 492 f.; *Schneider*, ITRB 2006, 42, 43. Die Vereinbarkeit der hiernach im Vergleich zum dispositiven Recht erleichterten Haftung des Auftragnehmers mit § 307 BGB ist in vielerlei Hinsicht Zweifeln ausgesetzt (näher *Schumacher*, MMR 2006, 12, 15 f.; *Schreibauer/Taraschka*, CR 2003, 557, 561 f.; *Rath*, K & R 2007, 362, 365).

¹⁴⁶ *Mann*, MMR 2012, 499, 501 f.; *Söbbing* (Fn. 2), S. 500.

Zu denken ist beispielsweise an Produktionsausfälle bzw. Ausfälle von Zahlungs- und Sicherheitssystemen einer als Auftraggeber beteiligten Bank.¹⁴⁷ Aus diesem Grund ist es im Bereich des IT-Outsourcing branchenüblich, die von Gesetzes wegen unbeschränkte Schadensersatzhaftung durch die vertragliche Vereinbarung eines Haftungshöchstbetrags, der sich an der jährlichen oder monatlichen Vergütung orientiert, einzuschränken.¹⁴⁸ Verbreitet ist es auch, die Haftung für Folgeschäden bzw. entgangenen Gewinn auszuschließen.¹⁴⁹ Dabei beschränkt sich der Anwendungsbereich der Freizeichnungsklauseln meist nicht auf den Verschuldensgrad der einfachen Fahrlässigkeit.¹⁵⁰ Stattdessen ist es offenbar üblich, dem Unterschied von einfacher und grober Fahrlässigkeit durch unterschiedliche Haftungshöchstbeträge Rechnung zu tragen.¹⁵¹

Ein weiterer Ansatz, das Haftungsrisiko des Auftragnehmers zu beschränken, besteht darin, bereits in den Leistungsbeschreibungen der sog. *Service Level Agreements* das Leistungsversprechen des Auftragnehmers mit bestimmten Einschränkungen zu versehen. Üblich sind u.a. so genannte Verfügbarkeitsklauseln, die beispielsweise definieren, dass ein Server oder eine Dienstleistung im Jahresmittel nicht zu 100%, sondern lediglich zu 98% verfügbar ist.¹⁵²

3. Analyse

Die zuvor skizzierten Haftungsbeschränkungen stehen im Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH, wonach der Haftungsumfang mindestens den vorhersehbaren, vertragstypischen Schaden umfassen muss.¹⁵³ Denn zur Bemessung des vertragsty-

¹⁴⁷ Mann, MMR 2012, 499, 501.

¹⁴⁸ Hörl, ITRB 2006, 17, 19 f.; Mann, MMR 2012, 499, 501 f.; s. auch Musterklauseln von Heymann/Lensdorf, in Redeker, Handbuch IT-Verträge; § 25.2 und Bartsch (Fn. 134), § 25 (2) Abs. 2, Abs. 4 sowie Formulierungsvorschläge bei Söbbing (Fn. 2), S. 502.

¹⁴⁹ Hörl, ITRB 2006, 17, 19 f.; Söbbing (Fn. 2), S. 497, 500.

¹⁵⁰ So aber Heymann/Lensdorf in (Fn. 148); deren Haftungsbeschränkung in Musterklausel § 25.2 nur für einfache Fahrlässigkeit gilt.

¹⁵¹ So jedenfalls Söbbing (Fn. 2), Formulierungsvorschlag auf S. 501 (unter Ausnahme von Vorsatz und Personenschäden) und Bartsch (Fn. 134), Musterklausel § 25 (2), Abs. 4 (der daneben keinerlei Rückausnahme, auch nicht für Vorsatz vorsieht).

¹⁵² Ausführlich Peter, CR 2005, 404 ff.; Schuster, CR 2009, 205, 206 f.; siehe auch Beispiele bei Bartsch (Fn. 134), Anm. 45.

¹⁵³ Zur Vorhersehbarkeitsformel des BGH oben unter C.IV.1.d. Sicher ausgenommen ist lediglich die Haftung für einfach fahrlässige Verletzungen von nicht vertragswesentlichen Pflichten (vgl. auch Matrix oben unter C.IV.5.b).

pischen Schadens ist die Bezugnahme auf einen bestimmten Prozentsatz der jährlichen bzw. monatlichen Vergütung ersichtlich ungeeignet.¹⁵⁴ Ebenso ist der Ausschluss von Folgeschäden bzw. entgangenem Gewinn zu beurteilen, bei denen es sich unzweifelhaft um Bestandteile des vertragstypischen Schadens handelt.¹⁵⁵ Ob der BGH von diesen Grundsätzen mit Blick auf ihre Branchenüblichkeit oder das anerkennenswerte Interesse des Auftragnehmers an einer Haftungsbeschränkung abweichen würde, erscheint eher fraglich.

Einschränkungen des Leistungsversprechens (insbesondere in Form von Verfügbarkeitsklauseln) können hingegen auch im Anwendungsbereich der §§ 307 ff. BGB als Leistungsbeschreibungen kontrollfrei bleiben.¹⁵⁶ Es bleibt jedoch stets die Frage, ob es sich tatsächlich um eine nicht kontrollierbare Leistungsbeschreibung oder eine kontrollfähige Einschränkung oder Modifikation der Leistungspflicht handelt.¹⁵⁷ Die Rechtsprechung und die herrschende Auffassung in der Literatur neigen zu einer restriktiven Auslegung des kontrollfreien Bereichs leistungsbestimmender Klauseln.¹⁵⁸ Mit Blick auf die in der Praxis des IT-Outsourcing verwandten Verfügbarkeitsklauseln, spricht viel dafür, diese als kontrollfreie Leistungsbeschreibung zu qualifizieren.¹⁵⁹ Insbesondere dürfte es sich bei den entsprechenden Parametern um identitätsstiftende Produktmerkmale der angebotenen Outsourcing-Leistung handeln, die dem Wettbewerb ausgesetzt sind und daher keiner Kontrolle bedürfen.¹⁶⁰ Rechtssicherheit besteht aber auch insoweit nicht. So hat das LG Karlsruhe eine Bestimmung, wonach im Rahmen der Erbringung von Hostingleistungen eine Erreichbarkeit des Kunden von 99% im Jahresmittel vorgesehen ist, als kontrollfähigen „ver-

¹⁵⁴ So auch *Hörl*, ITRB 2006, 17, 20.

¹⁵⁵ Vgl. wiederum BGH NJW 1985, 3016, 3018 (hierzu oben unter C.IV.1.d).

¹⁵⁶ Die Kontrollfreiheit von Leistungsbeschreibungen folgt aus § 307 Abs. 3 S. 1 (statt vieler *Fuchs* (Fn. 27), § 307 Rn. 37 ff.; *Wurmnest* (Fn. 27), § 307 Rn. 12 ff.).

¹⁵⁷ Siehe nur BGH NJW 2001, 751, 752 (= BGHZ 146, 138). Konkret für Leistungsbeschreibung in IT-Outsourcing-Verträgen ausführlich *Peter*, CR 2005, 404, 408 ff.

¹⁵⁸ *Berger* (Fn. 27), § 307 Rn. 35; *Fuchs* (Fn. 27), § 307 Rn. 40 m. umf. N.

¹⁵⁹ So auch *Peter*, CR 2005, 404, 410 f. Nicht speziell für Outsourcing, sondern Access Providing-Verträge *Hoeren* in Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke (34. Ergänzungslieferung 2013), E-Commerce-Verträge, Rn. 11; *Redeker*, (Fn. 135), Rn. 789, *Schuster*, CR 2009, 205, 206.

¹⁶⁰ Zu diesem Abgrenzungsansatz ausführlich *Fuchs* (Fn. 27), § 307 Rn. 47 ff.

hüllten Haftungsausschluss“ qualifiziert und in der Folge als unangemessen verworfen.¹⁶¹

4. Resümee

Die Vereinbarkeit der im Bereich von Outsourcing-Verträgen als notwendig erachteten und üblichen Haftungsbeschränkung mit den §§ 307 ff. BGB unterliegt erheblichen Bedenken. Insbesondere die üblichen summenmäßigen Haftungsbeschränkungen widersprechen der Rechtsprechung des BGH, wonach die Ersatzpflicht zumindest den vertragstypischen Schaden umfassen muss. Gewisse Gestaltungsspielräume eröffnen sich den Parteien dadurch, dass bereits das Leistungsversprechen quantitativen Einschränkungen unterworfen wird. In welchem Umfang entsprechende Klauseln als Leistungsbeschreibungen anerkannt und damit vom Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle ausgeschlossen bleiben, lässt sich aber auch nur schwer prognostizieren.

VI. Finanzierungsverträge (insbesondere Konsortialverträge)

1. Überblick

Unter dem Begriff der Finanzierungsverträge werden Verträge zusammengefasst, die im Zusammenhang mit der Kreditgewährung stehen. Zentrale Bedeutung hat hierbei der Darlehensvertrag in seinen verschiedensten Erscheinungsformen. Weil die Haftungsrisiken des Darlehensgebers gegenüber dem Darlehensnehmer jedoch vergleichsweise gering sind, ist der Darlehensvertrag als solcher im vorliegenden Zusammenhang nicht unmittelbar von Bedeutung. Von Interesse sind jedoch die Rechtsverhältnisse, die bei der Kreditvergabe durch mehrere Kreditgeber (sogenannte Konsortialkredite oder syndizierte Kredite) zwischen den kreditgebenden Banken (Konsortialbanken) entstehen. Sie sind Gegenstand des so genannten Konsortialvertrags, auf den sich die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren.¹⁶² Dabei ist zu beachten, dass die Konsortialbestimmungen nicht immer in einem eigenständigen Vertragsdokument getroffen werden. Insbesondere in der anglo-amerikanisch ge-

¹⁶¹ LG Karlsruhe CR 2007, 396, 397.

¹⁶² Dem Konsortialvertrag ähnlich ist der Sicherheitentreuhandvertrag (hierzu *Bourgeois*, BKR 2011, 103 f., *Diem*, Akquisitionsfinanzierungen, 2. Aufl. 2009, § 53. Weil er gegenüber dem Konsortialvertrag unter dem Gesichtspunkt der Haftungsbeschränkung keine Spezifika aufweist, wird er im Folgenden nicht näher behandelt).

prägten Rechtspraxis ist es üblich, dass die Konsortialbestimmungen Bestandteil des Konsortialkreditvertrags sind.¹⁶³

Rechtlich werden Konsortialverträge überwiegend als Gesellschaftsverträge im Sinne des § 705 BGB qualifiziert.¹⁶⁴ Es gibt sie in verschiedenen Erscheinungsformen, die u.a. danach variieren, ob der Konsortialführer im eigenen Namen oder im Namen des Konsortiums auftritt.¹⁶⁵ Regelungsgegenstand des Konsortialvertrags sind vor allem die Pflichten des Konsortialführers, der meist als Einziger der Kreditgeber gegenüber dem Kreditnehmer auftritt.¹⁶⁶ Zu diesem Zweck wird der Konsortialführer berechtigt und verpflichtet, die zur Begründung und Abwicklung des Kreditverhältnisses erforderlichen Handlungen vorzunehmen. Ihm obliegen hiernach insbesondere administrative Tätigkeiten, wie u.a. die Entgegennahme und Prüfung von Auszahlungsgesuchen, die Bündelung der Informationen zwischen Kreditnehmer/n und Kreditgebern, Unterrichtungspflichten (z.B. bei Vorliegen von Vertragsverletzungen) oder die Überprüfung der Einhaltung von Financial Covenants.¹⁶⁷ Die an sich anwendbaren §§ 705 ff. BGB werden in der Praxis typischerweise weitestgehend abbedungen¹⁶⁸ und durch abweichende vertragliche Vereinbarungen ersetzt, für die in der Regel auf institutsspezifische Muster zurückgegriffen wird.¹⁶⁹ Bei größeren Finanztransaktionen mit Darlehensgebern aus verschiedenen Ländern finden meist die

¹⁶³ *Ballo*, Die AGB-Kontrolle von Kreditverträgen in der Akquisitionsfinanzierung: eine Untersuchung am Beispiel des Senior Multicurrency Term and Revolving Facilities Agreement, 2010, S. 385; *Reppenthien* (Fn. 2), Anm. 1 a.E.

¹⁶⁴ Statt vieler *DeMeo*, Münchener Vertragshandbuch, Band 2, Wirtschaftsrecht I, 6. Aufl. 2009, III. 15, Anm. 2; *Diem*, Akquisitionsfinanzierungen, 2. Aufl. 2009, § 31 Rn. 2; *Reppenthien* (Fn. 2), Anm. 5; *Ulmer/Schäfer* in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2013, Vor § 705 Rn. 51 ff.; a.A. *Castor* in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, 16. Kapitel, Rn. 180; kritisch auch *Walgenbach* (Fn. 2), Rn. 6; *Assmann*, ZHR 152 (1988), 371, 377.

¹⁶⁵ Im Einzelnen *Diem* (Fn. 164), § 30 Rn. 6 ff., § 31 Rn. 8 f.; *Reppenthien* (Fn. 2), Anm. 5.

¹⁶⁶ Anders nur beim unechten Konsortialvertrag (auch als dezentralisierter Konsortialkredit oder Parallelkredit bezeichnet), bei dem sämtliche Konsorten Vertragspartner werden (näher *Reppenthien* (Fn. 2), Anm. 2).

¹⁶⁷ Ausführlich *Diem* (Fn. 164), § 32 Rn. 3; s. auch Muster von *DeMeo* (Fn. 164), § 3 (3).

¹⁶⁸ *Diem* (Fn. 164), § 31 Rn. 6; *Schaffelhuber/Sölch*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts 3. Aufl. 2009, § 31 Rn. 9.

¹⁶⁹ Siehe Vertragsmuster Konsortialvertrag WM 2001, 2355 ff.; *DeMeo* (Fn. 164), III.14; *Reppenthien* (Fn. 2).

von der *Loan Market Association*, einem in London ansässigen Interessenverband der Finanzbranche, entwickelten Vertragsmuster Anwendung.¹⁷⁰

2. Branchenübliche Haftungsbeschränkungen

Konsortialverträge enthalten stets Regelungen, die die Verantwortlichkeit des Konsortialführers einschränken. Zur Begründung wird zuweilen darauf hingewiesen, dass der Konsortialführer für seine Tätigkeit ein vergleichsweise geringes Entgelt erhält.¹⁷¹ Im Einzelnen wird geregelt, dass der Konsortialführer keine Gewähr für die Wirksamkeit und Vollständigkeit des Kreditvertrags und anderer Dokumente übernimmt.¹⁷² Zumindest implizit wird auch die Verantwortlichkeit für die Zahlungsfähigkeit des Kreditnehmers ausgeschlossen.¹⁷³ Ebenso findet eine Freizeichnung der Verantwortung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der übermittelten Informationen¹⁷⁴ bzw. die vorvertragliche Haftung statt.¹⁷⁵ Schließlich ist es verbreitet, die Haftung des Konsortialführers auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu beschränken.¹⁷⁶

3. Analyse

a) Bereichsausnahme (§ 310 Abs. 4 S. 1 BGB)

Die Qualifikation des Konsortialvertrags als Gesellschaftsvertrag im Sinne des § 705 BGB hat für die Inhaltskontrolle weitreichende Bedeutung. Denn gemäß § 310 Abs. 4 S. 1 BGB sind Gesellschaftsverträge generell von der Anwendung der §§ 305 ff. BGB ausgenommen. Insoweit lässt sich vertreten, dass der Konsortialvertrag der AGB-Kontrolle von vornherein entzogen ist.¹⁷⁷

¹⁷⁰ Zu den einzelnen Klauseln *Wenzel*, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge, 2006, S. 73 ff.; siehe auch <http://www.lma.eu.com/>.

¹⁷¹ *Ballo* (Fn. 163), S. 384.

¹⁷² *Reppenthien* (Fn. 2), § 7 (1); LMA-Mustervertrag Ziff. 32.8 (b); siehe auch *Diem* (Fn. 164), § 32 Rn. 11.

¹⁷³ Dies erfolgt durch den Hinweis, dass die übrigen Konsorten ihre Kreditentscheidung eigenverantwortlich getroffen haben (Vertragsmuster Konsortialvertrag WM 2001, 2355, § 1 (3); *DeMeo* (Fn. 164), § 1 (4); *Reppenthien* (Fn. 2), § 7 (4) S. 2).

¹⁷⁴ LMA-Mustervertrag Ziff. 32.8 (a).

¹⁷⁵ *DeMeo* (Fn. 164), § 1 (4) mit Anm. 9 d.

¹⁷⁶ LMA-Mustervertrag Ziff. 32.9 (a); *Reppenthien* (Fn. 2), § 7 (5); *Castor* (Fn. 164), Rn. 189 mit Fn. 782 („sachgerecht und im Markt akzeptiert“).

¹⁷⁷ So im Ausgangspunkt *Ballo* (Fn. 163), S. 386 f. Im Übrigen wird die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme auf den Konsortialvertrag im Schrifttum soweit ersichtlich nicht diskutiert.

Es bleiben indes Zweifel. So wird in der Literatur vertreten, der Konsortialführer werde nicht als Organ des Konsortiums, sondern als Beauftragter auf Grundlage eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrags tätig.¹⁷⁸ Folgt man dem, sind die infrage stehenden Vereinbarungen materiell nicht Bestandteil des Gesellschaftsvertrags und fallen daher auch nicht unter die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB. Für den Teilbereich der Informationsübermittlung gelangt man zu dem identischen Ergebnis, wenn man sich der Auffassung anschließt, dass dem ein konkludent geschlossener Auskunftsvertrag zugrunde liegt.¹⁷⁹

Auch wenn man die infrage stehenden Haftungsbeschränkungen als Bestandteil des Gesellschaftsvertrags ansieht, bleiben Zweifel. Da weder § 310 Abs. 4 S. 1 BGB selbst, noch die Gesetzesbegründung konkrete Vorgaben enthalten, wann eine Vereinbarung dem „Gebiet des Gesellschaftsrechts“ zuzuordnen ist, spielen teleologische Gesichtspunkte eine maßgebliche Rolle.¹⁸⁰ Mit ihnen zu begründen, weshalb Konsortialkredite anders als Unternehmenskaufverträge, Anlagenbauverträge usw. zu behandeln sind, fällt schwer. Offenkundig ist dies, sofern man die Bereichsausnahme damit rechtfertigt, dass Gesellschaftsverträge typischerweise persönlich und unter rechtskundiger Beratung ausgehandelt werden.¹⁸¹ Denn das trifft ersichtlich auch auf alle anderen vorliegend untersuchten großvolumigen Verträge zu. Hinzu kommt, dass Konsortialverträge ersichtlich einen starken schuldrechtlichen Einschlag aufweisen, während die gemeinsame Zweckverfolgung vergleichsweise schwach ausgeprägt ist. Dies kommt nicht zuletzt darin zum Ausdruck, dass auch beim Außenkonsortium die Bildung eines gemeinsamen Gesellschaftsvermögens typischerweise ausgeschlossen wird¹⁸² und die Konsorten dem Kreditnehmer als Teilgläubiger und Teilschuldner gegenüberstehen.¹⁸³ Die Situation ähnelt insoweit der bei der stillen Gesellschaft. Für diese hat zwar der BGH die Anwendbarkeit von § 310 Abs. 4

¹⁷⁸ *Diem* (Fn. 164), § 31 Rn. 2; *Castor* (Fn. 164), Rn. 189.

¹⁷⁹ So *Brandt/Sonnenhol*, WM 2001, 2329, 2332.

¹⁸⁰ Umfassend *Bieder*, ZHR 2010, 705 ff.

¹⁸¹ *Stoffels* (Fn. 51), Rn. 156; *Basedow* in: MünchKommBGB, 6. Aufl 2012, § 310 Rn. 86.

¹⁸² Vertragsmuster Konsortialvertrag WM 2001, 2355, § 1 (2) S. 2; ausführlich *DeMeo* (Fn. 164), Anm. 8; *Reppenthien* (Fn. 2), Anm. 5; *Schaffelhuber/Sölch*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 3. Aufl. 2009, § 31 Rn. 38.

¹⁸³ *DeMeo* (Fn. 164), § 2 (1), (3), § 5 (3); *Reppenthien* (Fn. 2), § 2 (1); Vertragsmuster Konsortialvertrag WM 2001, 2355, § 1 (2).

S. 1 BGB bejaht.¹⁸⁴ In der Literatur plädieren jedoch gewichtige Stimmen für eine teleologische Reduktion.¹⁸⁵

Besonders stark wiegen die Bedenken, soweit es um den Ausschluss der vorvertraglichen Haftung geht. Eine solche Regelung steht ersichtlich in keinem Zusammenhang zur gemeinsamen Zweckverfolgung und betrifft auch nicht die Organisation der Gesellschaft. Zumindest hinsichtlich dieses Haftungsausschlusses sprechen die besseren Gründe dafür, den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB grundsätzlich für eröffnet zu halten.

b) Inhaltskontrolle

Misst man die Bestimmungen des Konsortialvertrags an den §§ 307 ff. BGB, so gilt es zu differenzieren: Einige der üblichen Ausschlüsse lassen sich wohl als Leistungsbeschreibungen qualifizieren, die der Inhaltskontrolle entzogen sind.¹⁸⁶ Dies gilt für den Ausschluss der Verantwortung für die Wirksamkeit und Vollständigkeit des Kreditvertrags und für die Zahlungsfähigkeit des Kreditnehmers. Äußerst problematisch erscheint demgegenüber der vollständige Ausschluss der vorvertraglichen Haftung. Zwar sind die Konsorten schon aufsichtsrechtlich zur Vornahme eigenständiger Kreditprüfungen verpflichtet.¹⁸⁷ Der Ausschluss erfasst aber auch Fälle, in denen der Konsortialführer den Konsorten grob fahrlässig oder gar vorsätzlich falsche Informationen zukommen lässt. Insoweit wäre die Regelung sicherlich als unangemessen zu qualifizieren.¹⁸⁸ Ähnlich zu beurteilen ist der verbreitete Ausschluss der Haftung für einfache Fahrlässigkeit. Denn hiervon betroffen sind ohne weiteres auch Pflichten des Konsortialführers, die als wesentliche Vertragspflichten zu qualifizieren sind.¹⁸⁹ Beispielhaft sei an den Fall gedacht, dass der Konsortialführer es versäumt, auf die ihm bekannt gewordene negative Vermögensentwicklung des Kreditnehmers durch Weiterleitung entsprechender Informationen bzw. Vorbereitung der Kreditkündigung angemessen zu reagieren und die Konsorten in der Folge einen Ausfallschaden er-

¹⁸⁴ BGH NJW 1995, 192, 193 f. (= BGHZ 127, 176, 183 ff.).

¹⁸⁵ *Bieder*, ZHR 2010, 705, 726; *K. Schmidt* in: MünchKommHGB, 3. Aufl. 2012, HGB, § 230 Rn. 122 ff.; *Harry Schmidt*, ZHR 159. (1995) 734, 742 ff.; *Ulmer/Schäfer* (Fn.164), § 310 Rn. 128.

¹⁸⁶ Siehe Nachweise Fn. 156.

¹⁸⁷ *Brandt/Sonnenhol*, WM 2001, 2329, 2332.

¹⁸⁸ Siehe oben unter C.IV.1.c.

¹⁸⁹ Zum Freizeichnungsverbot von wesentlichen Vertragspflichten oben unter C.IV.1.b.

leiden. Den in Konkretisierung von § 307 BGB entwickelten Vorgaben der höchstgerichtlichen Rechtsprechung wird ein solcher Haftungsausschluss daher nicht gerecht.

c) Besonderheiten bei der Integration der Konsortialbedingungen in den Konsortialkreditvertrag

Gewisse Besonderheiten bestehen, wenn die Konsortialbedingungen nicht Gegenstand eines eigenständigen Konsortialvertrags, sondern Bestandteil des Konsortialkreditvertrags sind. Zwar besteht Einigkeit darüber, dass dem formalen Kriterium des Regelungsstandorts einer Klausel für die Kontrollfähigkeit kein entscheidendes Gewicht zukommen kann.¹⁹⁰ Die Frage nach der Einschlägigkeit der Bereichsausnahme ist daher nicht anders zu beantworten, als wenn die Konsortialbedingungen in einem eigenständigen Vertragswerk enthalten sind.

Problematisch ist jedoch, dass bei einer Integration der Konsortialbedingungen in den Kreditvertrag die haftungsbeschränkenden Regelungen unter Umständen auch das Verhältnis zu dem außerhalb des Konsortiums stehenden Kreditnehmer berühren und diesbezüglich eine Berufung auf die Bereichsausnahme ersichtlich ausscheidet. Ob den Haftungsbeschränkungen eine solche Reichweite zukommt, hängt von der Formulierung im Einzelfall ab und kann daher vorliegend nicht abschließend beurteilt werden.¹⁹¹ Da die Regelungen überwiegend Pflichten zum Gegenstand haben, deren Verletzungen allein den Konsorten zum Nachteil gereichen, sprechen im ersten Zugriff die besseren Gründe gegen eine entsprechende Annahme. Sofern man dies aber im Einzelfall anders sieht, wäre man mit der Frage konfrontiert, ob eine Klausel, die nur in Beziehung zu manchen Vertragspartnern von der Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB erfasst wird, im Übrigen aber im Widerspruch zu § 307 BGB steht, teilwirksam bleibt.¹⁹² Im Kern geht es daher um eine bisher soweit ersichtlich noch nicht diskutierte Dimension des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion.

¹⁹⁰ *Bieder*, ZHR 2010, 705, 720 m.w.N.

¹⁹¹ Für den LMA-Mustervertrag bejahend *Ballo* (Fn. 163), S. 384 f.

¹⁹² So unausgesprochen *Ballo* (Fn. 163), S. 394 f., der davon ausgeht, dass die Klausel als reine Konsortialbedingung wirksam bleibt.

4. Resümee

Da die auf Grundlage von Finanzierungsverträgen ausgetauschten Leistungen vergleichsweise geringe Haftungsrisiken begründen, spielt auch die Problematik von Haftungsbeschränkungen in diesem Zusammenhang eine eher geringe Rolle. Sofern allerdings wie im Fall von Konsortialverträgen ein Bedarf nach Haftungsbeschränkungen besteht und entsprechende Vereinbarungen daher üblich sind, stößt man wiederum auf das Problem, dass die von den Parteien gewollte Risikoallokation unter Umständen nicht der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB standhält. Zwar besteht für Konsortialverträge die Besonderheit, dass sie als Gesellschaftsverträge qualifiziert werden und daher grundsätzlich der Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB unterfallen. Doch auch insoweit bleibt ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit. Insbesondere stellt sich die Frage, ob es unter teleologischen Gesichtspunkten geboten ist, Konsortialverträge vom Anwendungsbereich des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB auszuschließen. Bejaht man sie, erweist sich der in Konsortialverträgen übliche Ausschluss der Haftung für einfache Fahrlässigkeit und der Ausschluss der Haftung für vorvertragliches Verschulden als tendenziell mit den §§ 307 ff. BGB unvereinbar.

VII. Lieferverträge zwischen Zulieferer und Produzent

1. Überblick

Als Zulieferer werden vor allem Unternehmen bezeichnet, die Teile, Komponenten, Systeme etc. an Endprodukthersteller (*Assembler*) liefern.¹⁹³ Die Besonderheit von Zulieferern gegenüber anderen Lieferanten besteht darin, dass Zulieferprodukte bei der Weiterverarbeitung keiner Substanzänderung unterzogen werden und sich daher üblicherweise noch als eigenständige Bestandteile der Endprodukte identifizieren lassen.¹⁹⁴ Die Rechtsbeziehung zwischen Zulieferer und Produzent ist in der Regel kaufrechtlicher Natur.¹⁹⁵ Typischerweise schließen die Parteien langfristige Rahmenverträge, auf deren Grundlage die Leistungen des Zulieferers vom Produzenten dann

¹⁹³ *Daniel*, Management von Zulieferbeziehungen, 2007, S. 35.

¹⁹⁴ Vgl. *Engelhardt/Günter*, Investitionsgüter-Marketing: Anlagen, Einzelaggregate, Teile, Roh- und Energietoffe, Energieträger, 1981, S. 182.

¹⁹⁵ Vielfach wird es sich um Werklieferungsverträge handeln, auf die jedoch gemäß § 651 S.1 BGB Kaufrecht anzuwenden ist.

im Einzelfall abgerufen werden.¹⁹⁶ Hierbei handelt es sich um Sukzessivlieferungsverträge oder Dauerschuldverhältnisse.¹⁹⁷ Ergänzt werden die Verträge meist durch so genannte Qualitätssicherungsvereinbarungen, die u.a. detaillierte Vorgaben hinsichtlich der Eigenschaften des Zuliefererprodukts enthalten und den Zulieferer zur Durchführung bestimmter Kontrollen verpflichtet.¹⁹⁸

2. Branchenübliche Haftungsbeschränkungen

Aufgrund der Heterogenität der Zuliefererbranche lassen sich keine generellen Aussagen darüber treffen, in welchem Umfang Haftungsbeschränkungen branchenüblich sind. Von einer flächendeckenden Verbreitung von Haftungsbeschränkungen wird man schon deshalb nicht ausgehen können, weil Zulieferer in vielen Bereichen aufgrund des hohen Wettbewerbsdrucks nicht über ausreichend Verhandlungsmacht verfügen, um entsprechende Klauseln durchzusetzen.¹⁹⁹ Von diesen Konstellationen abgesehen sind Haftungsbeschränkungen zu Gunsten von Zulieferern aber durchaus verbreitet. Das besondere Interesse der Zulieferer, ihre Haftung zu beschränken, folgt daraus, dass der Wert der von ihnen gelieferten Teile vielfach nur einen sehr geringen Anteil des Endprodukts ausmacht und die möglichen Folgeschäden daher außer Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Interesse des Zulieferers am Vertragsabschluss stehen.²⁰⁰ Die einschlägigen Formularhandbücher sehen daher insbesondere den Ausschluss der Haftung für Folgeschäden und/oder einen Haftungshöchstbetrag vor.²⁰¹

¹⁹⁶ Vgl. die Muster von *Pour Rafsendjani* in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 28. Aufl. 2014, 10.4. und *Meyer-Sparenberg* (Fn. 2), III.A.2 (nicht speziell auf Zulieferer zugeschnitten).

¹⁹⁷ Zur Abgrenzung *Westermann* in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, vor § 433 Rn. 39.

¹⁹⁸ Im Einzelnen hierzu u.a. *Laschet* in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, Qualitätssicherungsvereinbarungen, Rn. 1 ff.; *Schmidt*, NJW 1991, 144 ff. Zwar enthalten Qualitätssicherungsvereinbarungen vielfach auch haftungsrechtlich relevante Regelungen (*Laschet*, a.a.o. Rn. 80 ff.), doch geht es insoweit regelmäßig um die vorliegend nicht einschlägige Problematik der *Haftungserweiterung*.

¹⁹⁹ Vgl. *Schäfer*, BB 2012, 1231, 1233. Siehe hierzu auch die Erkenntnisse aus der Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern unter F.III.4.c.(6).

²⁰⁰ Stellungnahme des Zivilrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins, AnwBl 5/2012, 402, 404.

²⁰¹ Muster von *Pour Rafsendjani* (Fn. 196), 10.4.3, § 7 (2) (mit dem Hinweis in Anm. 34, dass eine entsprechende Vereinbarung nur individualvertraglich zulässig ist); *Meyer-Sparenberg* (Fn. 2), III.A.2, § 6 (3) S. 2. *Pour Rafsendjani* sieht am a.a.O., 10.4.1, § 7 (2) auch eine Formulierungsvariante vor, die der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den §§ 307 ff. BGB Rechnung trägt.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch ein Blick in den vom Bundeswirtschaftsministerium initiierten Deutsch-Chinesischen Standardvertrag für Liefergeschäfte.²⁰² Dieser sieht in Ziff. 17.3. für den Fall einfacher Fahrlässigkeit eine Haftungsbeschränkung auf unmittelbare Schäden („*direct losses and direct damages*“) und einen (individuell zu vereinbarenden²⁰³) Haftungshöchstbetrag vor. In der Kommentierung wird deutschen Lieferanten empfohlen, die Haftung mithilfe einer oder auch beider Alternativen zu beschränken.²⁰⁴ Obgleich das Vertragsmuster im Hinblick auf die gesetzlichen Bestimmungen des UN-Kaufrechts konzipiert wurde²⁰⁵ und auch nicht speziell auf die Zuliefererbranche zugeschnitten ist, deutet es an, wie verbreitet und auch akzeptiert entsprechende Haftungsbeschränkungen sind.

3. Analyse

Mit den von der Rechtsprechung entwickelten Vorgaben zur Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind die skizzierten Gestaltungen nicht vereinbar. Selbst wenn der Anwendungsbereich der Freizeichnung auf einfache Fahrlässigkeit beschränkt ist, gilt es zu beachten, dass die Haftung für die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten auf Grundlage der höchststrichterlichen Rechtsprechung nicht ausgeschlossen werden kann.²⁰⁶ Auch Haftungsbeschränkungen sind in diesem Bereich nur bis zur Grenze des vertragstypischen Schadens möglich.²⁰⁷ Ein Ausschluss der Haftung für Folgeschäden ist mit dieser Vorgabe unvereinbar.²⁰⁸ Gleiches gilt für die Vereinbarung von Haftungshöchstbeträgen. Zwar könnten diese theoretisch so hoch sein, dass sie den vertragstypischen Schaden umfassen. In der Praxis zielt deren Festsetzung aber typischerweise gerade nicht darauf, den vertragstypischen Schaden abzubilden, sondern ihn zwischen den Parteien aufzuteilen.²⁰⁹ Im Fall des Deutsch-chinesischen Standardvertrags für

²⁰² Abrufbar unter www.gtai.de (kostenpflichtig).

²⁰³ Letzteres impliziert nicht, dass diese Haftungsbeschränkung nach den Maßstäben des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB als Individualvereinbarung zu qualifizieren ist (oben unter D.I.2.).

²⁰⁴ Siehe Kommentierung des Vertrags S. 57 (Fn. 202).

²⁰⁵ Siehe Kommentierung des Vertrags S. 65. Zu den Konsequenzen für die Inhaltskontrolle P. Huber in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, Bd. 2, CISG, Art. 74 Rn. 55 ff.

²⁰⁶ Hierzu oben unter C.IV.1.b.

²⁰⁷ Hierzu oben unter C.IV.1.d.

²⁰⁸ Vgl. wiederum BGH NJW 1985, 3016, 3018 (hierzu oben unter C.IV.1.d)

²⁰⁹ Siehe bereits oben D.II.3.a.

Liefergeschäfte lässt sich dies ohne Weiteres daran erkennen, dass die Haftung bereits aufgrund des zumeist anwendbaren UN-Kaufrechts (Art. 74 S. 2 CISG) auf das bei Vertragsschluss abschätzbare Haftungsrisiko beschränkt ist. Sicherlich nicht mit der Formel vom vertragstypischen Schaden vereinbar, ist eine Orientierung des Haftungshöchstbetrags an dem für die gelieferte Leistung zu entrichtenden Preis.²¹⁰

4. Resümee

Da der Wert der von Zulieferern beigesteuerten Teile vielfach nur einen geringen Anteil des Endprodukts ausmacht, steht ihr Haftungsrisiko häufig in einem deutlichen Missverhältnis zu ihrem wirtschaftlichen Interesse am Vertragsschluss. Ein Bedürfnis, die Haftung für Folgeschäden auszuschließen oder zumindest summenmäßig zu beschränken, ist daher ohne Weiteres anzuerkennen. Die zur Umsetzung dieses Bedürfnisses in der Praxis verbreiteten vertraglichen Haftungsbeschränkungen stehen jedoch im Widerspruch zu den von der Rechtsprechung auf Grundlage der §§ 307 ff. BGB entwickelten Grundsätzen. Im Ergebnis muss leider damit gerechnet werden, dass entsprechende Haftungsbeschränkungen einer Inhaltskontrolle nicht standhalten.

VIII. Verträge über den Erwerb von Investitionsgütern

1. Überblick

Als Investitionsgüter bezeichnet man langlebige Wirtschaftsgüter, die von Unternehmen benötigt werden, um die von ihnen angebotenen Leistungen zu erbringen, ohne dass diese Güter bei ihrer Verwendung umgewandelt werden oder untergehen.²¹¹ Der Begriff „Verträge über den Erwerb von Investitionsgütern“ beschreibt keinen eigenständigen Vertragstypus, sondern verschiedene rechtliche Gestaltungsformen, die in der Praxis bei der Beschaffung von Investitionsgütern gewählt werden. Am verbreitetsten dürfte der Erwerb von Investitionsgütern auf Grundlage von Kauf- und Werkverträgen sein. Letztere spielen insbesondere dann eine Rolle, wenn das Investitionsgut in einer (Industrie-)Anlage besteht.²¹² Große Bedeutung bei der Anschaf-

²¹⁰ So im Muster von *Meyer-Sparenberg* (Fn. 2), III.A.2, § 6 (3) S. 2.

²¹¹ Vgl. Auflistung verschiedener Definitionen bei *Hofmann/Maucher/Hornstein/den Ouden*, Investitionsgütererwerb, 2012, S. 9 ff.

²¹² Hierzu ausführlich oben unter D.III.

fung von Investitionsgütern hat aber auch der Leasingvertrag.²¹³ Das *Leasen* von Investitionsgütern schont die Liquidität der Unternehmen und weist gegenüber einem kreditfinanzierten Kauf vielfach steuerliche und bilanzielle Vorteile auf.²¹⁴ Das gilt insbesondere für das so genannte *Big-Ticket-Leasing*, das Leasingverträge bezeichnet, die besonders hochwertige Investitionsgüter wie Flugzeuge, Schiffe, Schienenfahrzeuge oder Großcomputeranlagen zum Gegenstand haben.²¹⁵

2. Branchenübliche Haftungsbeschränkungen

Angesichts nur sehr weniger öffentlich zugänglicher Quellen lässt sich nicht abschließend beurteilen, in welchem Ausmaß im Rahmen von Verträgen über den Erwerb von Investitionsgütern Haftungsbeschränkungen verbreitet sind. Bezüglich des Erwerbs von Investitionsgütern auf Grundlage von Anlagebauverträgen kann auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden.²¹⁶ Ein Indiz für die Branchenüblichkeit von Haftungsbeschränkungen liefern die vom europäischen Dachverband für die ingenieurtechnischen Industrien entwickelten ORGALIME-Bedingungen. Am bedeutsamsten dürfte insoweit der Ausschluss der Haftung für Folgeschäden sein, der grundsätzlich ohne Einschränkungen auch für den Bereich der einfachen Fahrlässigkeit gilt.²¹⁷ Für deutsche Parteien werden die Bedingungen durch ein Anlageblatt zur „Anpassung an das deutsche Recht“ ergänzt, wonach u.a. die Haftung für die Verletzung vertragswesentlicher Pflichten vom Anwendungsbereich der Haftungsbeschränkung ausgenommen wird.²¹⁸ Auch beim Kauf von Investitionsgütern, die wie beispielsweise Flugzeuge strengen (öffentlich-rechtlichen) Sicherheitsregelungen unterliegen und für die eine Versicherungspflicht des Betreibers besteht, ist

²¹³ Im Jahr 2012 lag der Anteil von Leasing-Investitionen an den gesamtwirtschaftlichen Investitionen bei 15,6%. Im Bereich des Mobilien-Leasing lag die Quote bei 23,1%. Vgl. Jahresbericht 2012/13 des Bundesverbands Deutscher Leasing-Unternehmen (BDL), abrufbar auf der Website des BDL (<http://bdl.leasingverband.de>).

²¹⁴ *Martinek* in: *Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt* (Hrsg.), *Handbuch des Leasingrechts*, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 4 ff.; *Heyd*, in: *Der Leasingvertrag*, Graf von Westphalen (Hrsg.), 6. Aufl. 2008, Kap. A Rn. 1.

²¹⁵ Näher *Engel*, BB Beilage 2000, Nr. 5, S. 28 ff.; s. auch *Stoffels* in: *Staudinger, Neubearbeitung 2004, Leasingrecht*, Rn. 6.

²¹⁶ D.III.2.

²¹⁷ Zif. 39 der ORGALIME-Bedingungen (S 2012). Kritisch zu den ORGALIME-Bedingungen *Cramer* in: *Messerschmidt/Voith/Cramer, Privates Baurecht*, C 1. Rn. 5 ff. („offensichtlich unternehmerfreundlich und damit unausgewogen.“) .

²¹⁸ Kritisch dazu *Kollmann*, NJOZ 2011, 625, 628, der von einer Entwertung der Haftungsbeschränkung spricht.

es üblich, dass der Verkäufer seine Gewährleistung ausschließt.²¹⁹ Bei neuen Flugzeugen werden dem Käufer stattdessen die Gewährleistungsansprüche gegen den Hersteller abgetreten. Im Übrigen tritt an die Stelle der Gewährleistung die Möglichkeit des Käufers, sich im Rahmen einer intensiven Inspektion des Kaufgegenstandes von dessen Zustand zu überzeugen.²²⁰ Mit Gefahrübergang geht dann nach dem Willen der Parteien die Verantwortung für den technischen Zustand des Flugzeuges vollumfänglich auf den Käufer über.

Verbreitet sind Haftungsausschlüsse auch bei Leasingverträgen. Beim Finanzierungsleasing²²¹ entspricht es dem absoluten Marktstandard, dass sich der Leasinggeber von seinen Gewährleistungspflichten frei zeichnet und stattdessen die ihm gegen den Hersteller oder Lieferanten zustehenden kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte an den Leasingnehmer abtritt.²²² Teilweise verbleibt beim Leasinggeber eine subsidiäre Einstandspflicht, die eingreift, wenn sich der Anspruch gegen den Hersteller/Lieferanten nicht realisieren lässt. Üblich ist eine solche Gestaltung allerdings nur beim *Small-Ticket-Leasing* (Kraftfahrzeuge, Büromaschinen oder ähnlichen Mobilien), während beim *Big-Ticket-Leasing* der Leasinggeber in der Regel nicht bereit ist, das mit einer solchen Gestaltung verbundene Insolvenzrisiko des Herstellers/Lieferanten zu tragen. Beim *Big-Ticket-Leasing* ist ein Gewährleistungsausschluss schließlich auch bei Verträgen anzutreffen, bei denen das Investitionsrisiko beim Leasinggeber verbleibt und die daher als Operatingleasing zu qualifizieren sind.²²³ Be-

²¹⁹ Abweichendes gilt, wenn der Erwerb unmittelbar vom Hersteller erfolgt.

²²⁰ Siehe die Gestaltung eines Kaufvertrags über ein Passagierflugzeug zwischen der DSF Aircraft Leasing GmbH & Co. Reda KG und der CRANE AIRCRAFT PARTNERS 1 LLC unter http://www.dol-ag.de/main-de/news/Einladung_aoHV_04.04.2011_eBanz-Datei.pdf.

²²¹ Zum Begriff des Finanzierungsleasing und seiner Abgrenzung gegenüber dem Operatingleasing statt vieler J. Koch in: Münchner Kommentar/Finanzierungsleasing, Rn. 4.

²²² Vgl. § 5 des Mustervertrages für einen Vollamortisationsvertrag über Mobilien-Leasing mit einem Kaufmann, in: *Stolterfoht* in: Münchener Vertragshandbuch, Band 3, Wirtschaftsrecht II, 5. Aufl. 2004, II. 1; *Feick* in: Beck'sches, Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht (Fn 2), III.1.1. Leasingvertrag, Abschnitt XIII. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Leasing von Fahrzeugen; *Stempfle* in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag (Fn 12), 11.2.1. Finanzierungsleasing mit Kaufoption bei Vertragsende, § 8.

²²³ Zur Abgrenzung Fn. 221. So sind beispielsweise im Bereich des Flugzeugleasing wegen des Bedürfnisses der Fluggesellschaften, flexibel auf Marktentwicklung reagieren zu können, Vertragslaufzeiten von 5 - 8 Jahren verbreitet (*Engel*, BB Beilage 2000, Nr. 5, S. 28, 29). Da dieser Zeitraum deutlich unter der ökonomischen Lebensdauer der Flugzeuge liegt, sind die Leasingverträge nicht auf die vollständige Amortisation des Anschaffungsaufwandes gerichtet. Das Investitionsrisiko verbleibt damit

kannt ist dies insbesondere aus dem Bereich des Flugzeugleasing, wo nicht zuletzt wegen der erwähnten Sicherheitsregelungen und der Versicherungspflicht des Betreibers/Leasingnehmers dieser (auch beim Operatingleasing) standardmäßig die Betriebsgefahr und das Mängelrisiko trägt.²²⁴

3. Analyse

Der in den ORGALIME-Bedingungen vorgesehene Ausschluss der Haftung für Folgeschäden ist nicht mit den §§ 307 ff. BGB vereinbar. Diesbezüglich kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.²²⁵ Gleiches gilt für die rechtliche Beurteilung der in Anlagebauverträgen üblichen Haftungsbeschränkungen.²²⁶

Hinsichtlich der AGB-rechtlichen Behandlung von Haftungsausschlüssen im Rahmen von Leasingverträgen kommt es nach herrschender Meinung entscheidend darauf an, ob es sich um ein Finanzierungsleasing oder ein Operatingleasing handelt. Für das Finanzierungsleasing ist anerkannt, dass trotz der vom Leasinggeber geschuldeten entgeltlichen Gebrauchsüberlassung die §§ 535 ff. BGB allenfalls im Ausgangspunkt als gesetzliches Leitbild dienen können. Im Übrigen müsse aber berücksichtigt werden, dass der Vertrag in erster Linie eine Finanzierungsfunktion erfüllt.²²⁷ In der Konsequenz wird die skizzierte Abtretungslösung, wonach der Leasinggeber abweichend von den §§ 535 ff. BGB seine Gewährleistung ausschließt, als grundsätzlich mit den §§ 307 ff. BGB vereinbar erachtet.²²⁸ Voraussetzung hierfür ist nach Auffassung des BGH jedoch, dass eine subsidiäre Einstandspflicht des Leasinggebers verbleibt, wonach dieser insbesondere das Insolvenzrisiko des Herstel-

beim Leasingnehmer und der Vertrag ist daher als Operatingleasing zu qualifizieren. Vgl. auch den zutreffend als Operatingleasing qualifizierten Leasingvertrag über eine Großcomputeranlage in BGH NJW 1990, 1785, 1788 (zu Unrecht kritisiert von v. *Westphalen*, ZIP 1991, 639, 640).

²²⁴ *Den Dikken/Chase* in: Aircraft Financing, Murphy/Desai (Hrsg.), 4. Aufl., 2011, S. 108: "[...] operating leases usually provide that the lessee is responsible for all maintenance and insurance of the aircraft during the term of the lease [...]; zu den Wartungsverpflichtungen auch a.a.O. S. 114 f. Vgl. ferner die der englischen Entscheidung ACG Acquisition XX LLC v Olympic Airlines SA [2010] 1 CLC 581, [2010] EWHC 923 (Comm) zu Grunde liegende Gestaltung. Eine Kompensation des Gewährleistungsausschlusses durch Abtretung von Gewährleistungsansprüchen gegen den Hersteller/Lieferanten findet nur statt, sofern entsprechende Ansprüche noch bestehen.

²²⁵ D.II.3.a.

²²⁶ D.II.3.

²²⁷ Zum Ganzen ausführlich *Stoffels* in: Wolf/Pfeiffer/Lindacher, Klauseln, Leasingverträge L 45 ff.

²²⁸ BGH WM 2006, 495, 497 f.; aus der Literatur u.a. *J. Koch* (Fn. 221), Rn. 103 ff.; *H. Schmidt* in: Ulmer/Brandner/Hensen, Teil 2, Leasingverträge Rn. 5 jeweils m.w.N.

lers trägt.²²⁹ Diese Voraussetzung wird beim *Big-Ticket-Leasing* üblicherweise nicht erfüllt.

Im Bereich des Operatingleasing geht die herrschende Meinung bei der Inhaltskontrolle anders als beim Finanzierungsleasing strikt vom Leitbild des Mietvertrags aus.²³⁰ Eine Freizeichnung von den mietrechtlichen Gewährleistungspflichten wird hiernach als unangemessene Benachteiligung des Leasingnehmers qualifiziert.²³¹ Inwieweit eine Modifikation der zuletzt geschilderten Grundsätze im Bereich des *Big-Ticket-Leasing* geboten ist, wird soweit ersichtlich nicht diskutiert. Im Kern geht es insoweit letztlich um die Frage, inwieweit die kategoriale Differenzierung zwischen dem Finanzierungsleasing und dem Operatingleasing tatsächlich gerechtfertigt ist. Zweifeln mag man daran deshalb, weil der Leasinggeber in beiden Fällen eine Finanzierungsleistung erbringt.²³² Während es sich beim Finanzierungsleasing um eine Vollfinanzierung handelt, betrifft das Operatingleasing lediglich eine Abschnittsfinanzierung. Hinzu tritt der Aspekt, dass bei manchen Leasinggütern wie insbesondere Flugzeugen der Leasingnehmer ohnehin verpflichtet ist, in eigener Verantwortung deren Funktionstüchtigkeit zu überprüfen und kontinuierliche Wartungen durchzuführen. Der Leasingnehmer ist hiernach im Vergleich zum Leasinggeber wesentlich sachnäher und der Ausschluss der mietrechtlichen Gewährleistungspflicht einschließlich der mietrechtlichen Unterhaltungspflicht erweist sich daher als effiziente Risikoverteilung, von der im Ergebnis beide Parteien gleichermaßen profitieren.²³³

4. Resümee

Auch in Verträgen über den Erwerb von Investitionsgütern sind in der Praxis Haftungsbeschränkungen weit verbreitet. Besondere, bereits im Zusammenhang mit dem Anlage- und Industriebau erwähnte Probleme bestehen hier im Bereich des Lea-

²²⁹ BGH NJW 1977, 848 f. (= BGHZ 68, 118, 125); BGH NJW 1982, 105 f. (= BGHZ 81, 298, 302 ff.); zustimmend u.a. v. *Westphalen*, BB 1988, 1828, 1831; *J. Koch* (Fn. 221), Rn. 37; *H. Schmidt* in: *Ulmer/Brandner/Hensen Besondere Vertragstypen, Leasing*, Rn. 8.

²³⁰ *Stoffels* in: *Wolf/Pfeiffer/Lindacher* (Fn. 227), *Klauseln, Leasingverträge* L 40; *ders.* (Fn. 215), Rn. 17; *H. Schmidt* (Fn. 228), Rn. 3; *Graf von Westphalen*, in: *Der Leasingvertrag*, *Graf von Westphalen* (Hrsg.), 6. Aufl. 2008, Kap. B Rn. 76 f.; *Jendrek* in: *Erman BGB Handkommentar*, 13. Aufl. 2008, Anh. § 535 Rn. 8.

²³¹ *Stoffels* in: *Wolf/Pfeiffer/Lindacher* (Fn. 227), *Klauseln, Leasingverträge* L 40. *Graf von Westphalen* (Fn. 230), Kap. B Rn. 77; *J. Koch* (Fn. 221), Rn. 5.

²³² So in der Tendenz auch BGH NJW 1990, 1785, 1788 (= BGHZ 111, 84).

²³³ Der Leasingnehmer durch entsprechend niedrigere Leasingraten.

sing von hochwertigen Investitionsgütern (*Big-Ticket-Leasing*). Zwar erkennt die Rechtsprechung an, dass bei der Inhaltskontrolle von Leasingverträgen das normative Leitbild des Mietvertrags nur eingeschränkt maßgeblich ist und akzeptiert in der Folge grundsätzlich auch die in der Praxis übliche Abtretungslösung, wonach der Leasinggeber seine Gewährleistung ausschließt und dem Leasingnehmer die Gewährleistungsansprüche gegen den Hersteller/Lieferanten abtritt. Das soll jedoch nur für das Finanzierungsleasing gelten und zudem voraussetzen, dass das Insolvenzrisiko des Herstellers/Lieferanten beim Leasinggeber verbleibt. Beiden Vorgaben widersprechen die verbreiteten Gestaltungsformen des *Big-Ticket-Leasing*, wo es vielfach üblich ist, dass das Insolvenzrisiko des Herstellers/Lieferanten vom Leasingnehmer getragen wird und der Leasinggeber auch beim Operatingleasing seine Gewährleistung ausschließt.

IX. Zusammenfassung

Die Untersuchung einzelner Branchen hat gezeigt, dass Haftungsbeschränkungen im unternehmerischen Rechtsverkehr weit verbreitet sind. Übertreffende Bedeutung haben summenmäßige Haftungsbeschränkungen, die die maximale Haftung auf einen bestimmten Prozentsatz des vereinbarten Entgelts festsetzen. Daneben wird häufig die Haftung für Folgeschäden, insbesondere für den entgangenen Gewinn ausgeschlossen. Auffällig ist, dass die Beschränkungen des Haftungsumfangs vielfach mit erleichterten Anforderungen an den Haftungstatbestand korrespondieren (Haftungserleichterungen). Verbreitet sind insbesondere der Verzicht auf das Verschuldenserfordernis (Garantieverhaftung) und der Verzicht auf den Nachweis des konkreten Schadensumfangs (Schadenspauschalen, Vertragsstrafen). Eine Sonderrolle nimmt das Leasingrecht ein. Hier geht es nicht um Haftungsausschlüsse im engeren Sinn, sondern darum, Gewährleistungspflichten und Insolvenzrisiken im Verhältnis von Leasingnehmer, Leasinggeber und Lieferant/Hersteller abweichend von normativen Leitbildern zu verteilen.

Unterzieht man die üblichen Haftungsbeschränkungen einer Inhaltskontrolle anhand der §§ 307 ff. BGB und orientiert man sich hierbei an den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen, so halten die Beschränkungen diesen überwiegend nicht stand. Zentrale Bedeutung hat insoweit die Vorgabe des BGH, dass stets der vertragstypische, vorhersehbare Schaden von der Ersatzpflicht umfasst sein muss. Da die in der Praxis üblichen Haftungsbeschränkungen tendenziell darauf zielen, den vertragstypischen Schaden zwischen den Parteien aufzuteilen, werden sie dem meist nicht gerecht. Gleiches gilt für den Ausschluss von Folgeschäden, da diese im unternehmeri-

schen Verkehr (insbesondere in Form von entgangenem Gewinn) stets Bestandteil des vertragstypischen Schadens sind. Auch die Gestaltungspraxis im Bereich des Big-Ticket-Leasing unterliegt einem erheblichen Unwirksamkeitsrisiko. Ausschlaggebend hierfür ist, dass sich die AGB-Kontrolle beim Finanzierungsleasing partiell und beim Operatingleasing sogar weitestgehend am normativen Leitbild des Mietvertrags orientiert und dieses Leitbild den Bedürfnissen der Praxis des Big-Ticket-Leasings nicht gerecht wird.

Eine Korrektur dieses Ergebnisses durch die Berücksichtigung der Ausgewogenheit des gesamten Vertragsinhalts kommt nicht in Betracht. Sie scheitert daran, dass die Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB nicht an den Gesamtvertrag, sondern an die einzelnen Klauseln anknüpft. Ebenso scheidet die Möglichkeit aus, die Angemessenheit der Haftungsbeschränkungen mit dem Hinweis auf die mit ihnen im Einzelfall korrespondierenden Haftungserleichterungen zu begründen. Denn nach der ganz herrschenden Meinung ist eine über die einzelnen Klauseln hinausgehende kompensatorische Berücksichtigung anderer Klauseln nur insoweit zulässig, als die Klauseln funktionsgleich bzw. zweckkongruent sind. Dies trifft auf das Verhältnis zwischen den in Frage stehenden Haftungsbeschränkungen und Haftungserleichterungen nicht zu. In der Folge stehen nicht nur die Haftungsbeschränkungen in Widerspruch zu den §§ 307 ff. BGB. Auch die mit ihnen korrespondierenden haftungserleichternden Elemente dürften einer Inhaltskontrolle vielfach nicht standhalten.²³⁴

Die meisten der untersuchten Vertragsgestaltungen waren noch nicht Gegenstand einer Überprüfung durch staatliche Gerichte. Es ist daher nicht auszuschließen, dass Richter im Fall einer entsprechenden Überprüfung von den allgemeinen Grundsätzen abweichen und einzelne Haftungsbeschränkungen aufgrund ihrer Branchenüblichkeit doch als angemessen qualifizieren würden. Das Gesetz bietet hierfür eine Grundlage in § 310 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB, der eine Rücksichtnahme auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche verlangt. In der bisherigen Rechtsprechung des BGH hat diese Korrekturmöglichkeit jedoch kaum eine Rolle gespielt. Resümierend besteht daher zumindest ein erhebliches Risiko, dass eine Vielzahl der in der unternehmerischen Praxis üblichen Haftungsbeschränkungen einer gerichtlichen Überprüfung anhand der §§ 307 ff. BGB nicht standhalten würde.

²³⁴ Siehe Nachweise zur AGB-rechtlichen Behandlung der verschuldensunabhängigen Haftung und von Vertragspönalen in den Fn. 14 und 52.

E. Rechtsvergleichung

I. Einführung

Nachfolgend wird untersucht, in welcher Form und in welcher Intensität in anderen Rechtsordnungen vertragliche Vereinbarungen zwischen Unternehmen einer Inhaltskontrolle unterzogen werden. Dem Untersuchungsauftrag entsprechend stehen hierbei Vereinbarungen über die Beschränkung bzw. den Ausschluss von Haftung im Mittelpunkt. Ausgewählt wurden mit den Rechtsordnungen von Frankreich, England, den USA, Österreich, der Schweiz und von Polen die Rechtsordnungen von sechs besonders bedeutsamen Handelspartnern deutscher Unternehmen.¹ Zweck der Untersuchung ist zweierlei:

Zunächst geht es darum herauszufinden, ob deutsche Unternehmen möglicherweise dadurch benachteiligt werden, dass die Rechtsordnungen wichtiger Handelspartner weitergehendere Haftungsbeschränkungen als das deutsche Recht zulassen. Hintergrund dieser Befürchtung ist folgender Zusammenhang:² Bezieht ein deutsches Unternehmen Leistungen von einem ausländischen Zulieferer, Dienstleister oder Subunternehmer und unterliegt der maßgebliche Vertrag ausländischem Recht, entscheidet dieses darüber, in welchem Umfang eine zu Gunsten des ausländischen Vertragspartners vereinbarte Haftungsbeschränkung wirksam ist. Erweist sich die ausländische Rechtsordnung insoweit liberaler als das deutsche Recht, bedeutet dies, dass das deutsche Unternehmen nicht in der Lage ist, in einem mit einem Kunden nach deutschem Recht geschlossenen Vertrag die Haftungsbeschränkung vollständig „weiterzureichen“. Das kann dazu führen, dass das deutsche Unternehmen wegen eines Umstands, der vom ausländischen Zulieferer, Dienstleister bzw. Subunternehmer zu vertreten ist, diesem gegenüber keine Ersatzansprüche geltend machen kann, während es sich seinem Kunden gegenüber diesen Umstand zurechnen lassen muss und in der Folge Haftungsansprüchen ausgesetzt ist.

Unabhängig von dieser speziellen Zielsetzung verspricht die Rechtsvergleichung aber auch wichtige Impulse für die rechtspolitische Diskussion über die An-

¹ Siehe Auflistung der wichtigsten Handelspartner Deutschlands im statistischen Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 2013, S. 405.

² Stellungnahme des Deutscher Anwaltverein e.V., AnwBl 2012, 402, 404 f.

wendung der §§ 305 ff. BGB auf den unternehmerischen Rechtsverkehr. Der „Blick über den Tellerrand“ hilft, die nationale Introvertiertheit zu überwinden und erleichtert es auf diese Weise, mögliche Fehlentwicklungen der eigenen Rechtsordnung zu identifizieren.

II. Frankreich

1. Einführung

Regelungen zur Inhaltskontrolle von Verträgen sieht das französische Recht vor allem in den Art. L 132-1 ff. des Code de la Consommation vor, dessen Anwendungsbereich jedoch auf Verbraucher (*non-professionnel*) zugeschnitten ist.³ Eine spezielle, für den unternehmerischen Rechtsverkehr konzipierte Regelung enthält demgegenüber Art. L 442-6 I 2 des Code de Commerce, die in ihrer jetzigen Form aus dem Jahr 2008 stammt. Ferner kennt das allgemeine Zivilrecht einige Beschränkungen, die sowohl auf Verbraucherverträge als auch auf den unternehmerischen Rechtsverkehr Anwendung finden. Allen Regelungen gemeinsam ist, dass sie nicht zwischen vorformulierten und ausgehandelten Vertragsbedingungen unterscheiden.⁴

2. Für Haftungsbeschränkungen relevante Grenzen der Vertragsfreiheit

a) Das handelsrechtliche System des *déséquilibre significatif* (Art. L 442-6 Code de Commerce)

Art. L. 442-6 I 2 Code de Commerce verbietet vertragliche Gestaltungen, die ein „erhebliches Ungleichgewicht“ (*déséquilibre significatif*) zwischen den Rechten und Pflichten der Vertragspartner begründen. Aufgrund der mit der Regelung einhergehenden Beschränkung der Vertragsfreiheit war die Regelung erheblicher Kritik ausgesetzt und wurde in der Folge auch dem französischen Verfassungsgericht vorge-

³ Art. 132-1 I des Code de la Consommation geht zurück auf die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und knüpft in Einklang mit der Richtlinie ausschließlich an den Inhalt der Klausel und nicht deren Charakter als AGB an. In Ausnahmefällen, in denen der Vertragsschluss keinen direkten Bezug zur beruflichen Tätigkeit hat, soll eine Anwendung auch zugunsten von Unternehmen in Betracht kommen (grundlegend Cour de Cassation, Chambre Civile, 1. Kammer, 24.1.1995, Bulletin Civil I, Nr. 54). Die Rechtsprechung handhabt diese Ausnahme aber so restriktiv, dass sie nachfolgend vernachlässigt werden kann (näher *Gräser*, *Missbräuchliche Vertragsklauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr in Frankreich und Deutschland*, 2013, S. 30 ff.); siehe allgemein zu Haftungsbeschränkungen im französischen Recht auch: *Niggemann/Jongles de Ligne*, Zulässigkeit und Grenzen von Haftungsbeschränkungen im französischen Recht, RIW 351 ff.

⁴ Das gilt auch für die Art. L 132-1 ff. des Code de la Consommation.

legt, welches jedoch die Verfassungskonformität in seinem Urteil aus dem Jahr 2011 bejaht hat.⁵

Das Verständnis des dem Wettbewerbsrecht zuzuordnenden Art. L. 442-6 I 2 Code de Commerce bereitet insoweit Schwierigkeiten, als er in seiner Rechtsfolge auf eine Haftung (*responsabilité*) gerichtet ist, anstatt die Nichtigkeit der Klausel anzuordnen. Vorgesehen ist lediglich die Möglichkeit, dass das Wirtschaftsministerium oder die Staatsanwaltschaft die Nichtigkeit klageweise feststellt (Art. L. 442-6 III Code de Commerce). Im Ergebnis scheint gleichwohl Einigkeit darüber zu bestehen, dass auch der durch die Klausel Benachteiligte deren Unwirksamkeit im Rahmen des ordentlichen Zivilprozesses geltend machen kann.⁶

Bezüglich der Auslegung des Begriffs des „erheblichen Ungleichgewichts“ lassen sich noch keine allgemeinen Leitlinien erkennen. Die zum Teil angedachte Anlehnung an den gleichlautenden Begriff in den Art. L 132-1 ff. des Code de la Consommation⁷ ist ganz überwiegend auf Ablehnung gestoßen.⁸ Begründet wird dies mit der unterschiedlichen Schutzwürdigkeit von Unternehmern und Verbrauchern sowie dem Willen des Gesetzgebers, Unternehmern im Verhältnis untereinander größere Vertragsfreiheit zuzugestehen.⁹ Die Rechtsprechung legt den Tatbestand des „erheblichen Ungleichgewichts“ einzelfallspezifisch aus.¹⁰ Dabei wird betont, dass es lediglich auf den juristischen Inhalt der Klausel ankomme, während eine Überprüfung der wirtschaftlichen Ausgewogenheit des Vertrags den Gerichten nicht

⁵ Conseil constitutionnel, Entsch. Nr. 2010-85 v. 13.01.2011, Journal officiel vom 14.01.2011, S. 813.

⁶ *Pédamon/Kenfack*, Droit Commercial, 3. Aufl. Paris 2011, Rn. 659; *Lefebvre et al.*, Mémento Pratique Francis Lefebvre Concurrence Consommation 2013/2014, Rn. 85277.

⁷ Conseil constitutionnel, Entsch. Nr. 2010-85 v. 13.1.2011, Journal officiel vom 14.1.2011, S. 813.

⁸ *Behar-Touchais*, RDC (Revue des contrats) 2009, S. 1258; in der Tendenz folgend T. Com Lille, 6.1.2010, CCC (Contrats, concurrence, consommation) 2010, S. 21, Anm. *Mathey*; RDC (Revue des contrats) 2010, S. 928, Anm. *Behar-Touchais*.

⁹ Ebenda.

¹⁰ T. Com. Bobigny, 13.7.2010, n° 2010F00541, BRDA (Bulletin Rapide de Droit des Affaires) 2010, S. 10); T.Com. Lille, 7.9.2011, CCC (Contrats, concurrence, consommation) 2011, S. 18, Anm. *Mathey*; T. Com. Lille, 6.1.2010, CCC (Contrats, concurrence, consommation) 2010, S. 21; T. Com. Meaux 6.12.2011, Concurrences 2012-1, S. 130, Anm. *Chagny*; CA Versailles, 27.10.2011, Concurrences 2012-2, S. 95, Anm. *Mitchell*.

zugemutet werden könne.¹¹ Streitig ist, ob die einzelne Klausel zu beurteilen ist, oder ob es einer Betrachtung der Gesamtheit des Vertrags bedarf.¹²

Die Bedeutung des Art. L. 442-6-I-2 des Code de Commerce für die Wirksamkeit von Haftungsbeschränkungen ist schwer abzuschätzen.¹³ Insbesondere Rechtsprechung zur Beurteilung von summenmäßigen Haftungsbeschränkungen, die auf die Regelung Bezug nimmt, existiert nicht. Die Klausel eines Heizöllieferanten, der die Haftung für die Fehlerhaftigkeit des Produkts ausgeschlossen hat, sofern die Qualität des Öls nicht bereits bei der Übergabe moniert wird, wurde vom Gericht nicht beanstandet.¹⁴ Dem professionellen Käufer sei es nicht unzumutbar, die Qualität bereits vor Übergabe festzustellen. In einer professionellen Handelsbeziehung entstehe durch die Haftungsbegrenzung auch kein Wettbewerbsnachteil, da der andere Teil dadurch nicht in eine Zwangslage gerate. Im Übrigen befasst sich die zu Art. L. 442-6 I 2 ergangene Rechtsprechung schwerpunktmäßig mit unangemessenen Zahlungsmodalitäten (Pflicht zum pauschalen Vorschuss ohne Anpassung an den tatsächlichen Absatz),¹⁵ unangemessenen Kostentragungsregelungen (Abwälzung der Transportkosten des Kunden vom Händler auf den Lieferanten)¹⁶ sowie Eingriffen in das Äquivalenzverhältnis (Rücktrittsrecht bei Absatzschwierigkeiten,¹⁷ Preisveränderungsklauseln¹⁸).

¹¹ CA Versailles, 27.10.2011, Concurrences 2012-2, S. 95, Anm. *Mitchell*.

¹² Für eine Gesamtbetrachtung CA Paris, 25. Kammer, 26.11.2008, JCP (Juris-Classeur périodique) 2009, I, S. 123, Anm. *Stoffel-Munck*; RDC (Revue des contrats) 2009, S. 1010, Anm. *Genicon*; *Terré/Simler/Lequette*, Les obligations, 11. Aufl., 2013, Rn. 339 f.; dagegen T. Com. Lille 6.1.2010, CCC (Contrats, concurrence, consommation) 2010, S. 21.

¹³ *Gräser* (Fn. 3), S. 89 („erhebliche Rechtsunsicherheit“). Ebenso wenig lässt sich abschätzen, wie sich die Vorschrift zu der auf die Lehre von der cause gestützten Chronopost-Rechtsprechungslinie (hierzu sogleich unter b(1)) verhält.

¹⁴ CA Besançon, 19.12.2012, RG n° 11/02445.

¹⁵ T. Com. Lille 6.1.2010, CCC (Contrats, concurrence, consommation) 2010, S. 21.

¹⁶ CA Paris 18.12.2013, CCC (Contrats, concurrence, consommation) 2014, comm. 64, Anm. *Mathey*.

¹⁷ T. Com. Meaux 6.12.2011, Concurrences 2012-1, S. 130, Anm. *Chagny*.

¹⁸ T. Com. Lille, 7.9.2011, CCC (Contrats, concurrence, consommation) 2011, S. 18, Anm. *Mathey*.

b) Grenzen der Haftungsfreizeichnungsklauseln im allgemeinen Zivilrecht

(1) Die Lehre von der *cause* und die Chronopost-Rechtsprechungslinie

Eine weitere Möglichkeit der Unwirksamkeit von Haftungsausschlüssen begründet die Lehre von der *cause*, welche an das schuldrechtliche Synallagma knüpft. Grundlage dieses Ansatzes ist Art. 1131 Code Civil, der besagt, dass eine schuldrechtliche Obligation keinerlei anspruchsbegründende Wirkung hat, wenn der Rechtsgrund wegfällt, illegal ist oder irrtümlicherweise nicht besteht. Der Begriff des „Rechtsgrundes“ entspricht hierbei nicht dem Begriff des deutschen Bereicherungsrechts (§§ 812 ff. BGB). Es geht vielmehr um die Prüfung, ob der Verpflichtung einer Partei eine andere, damit synallagmatische Verpflichtung gegenüber steht. Gegenstand der Prüfung ist dabei grundsätzlich nur das formale Gleichgewicht, während eine inhaltliche Kontrolle der wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit nicht vorgesehen ist.¹⁹

Die Rechtsprechung hat aus der Lehre von der *cause* einen Prüfungsmaßstab für die Kontrolle von Haftungsbeschränkungen entwickelt. Maßgeblich ist insoweit die durch das Chronopost-Urteil vom 22. Oktober 1996 begründete Rechtsprechungslinie der Cour de Cassation.²⁰ Hiernach ist eine Haftungsfreizeichnung unwirksam, wenn sie im Falle ihrer Anwendung dem Vertrag jede Substanz raubt und das Synallagma zwischen Leistung und Gegenleistung soweit beeinträchtigt, dass der Sinn des Vertrags schlechterdings entfällt. Entschieden wurde dies im Chronopost-Urteil für eine Klausel, die einen Schadensersatz für Verspätung ausschließt, wobei der Verwender ein Briefzustellunternehmen war, das eine pünktliche Lieferung gegen erheblichen Aufpreis garantiert. Eine solche Praxis untergrabe den Sinn des Vertrags, da der Zusteller sich seiner wesentlichen Vertragspflicht (*obligation essentielle*) entziehe.²¹

In jüngerer Zeit hat die Cour de Cassation aber auch die Grenzen der Chronopost-Rechtsprechungslinie betont. Leitcharakter hat insbesondere eine Entscheidung vom 29. Juni 2010, die die summenmäßige Haftungsbegrenzung eines IT-

¹⁹ Hager, Rechtsmethoden in Europa, 2009, S. 152 Rn. 76 ff.

²⁰ Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 22.10.1996, Bulletin Civil IV, n° 261; Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 30.05.2006, D. (Daloz Actualité) 2006, S. 2288, Anm. *Ma-zeaud*.

²¹ *Terré/Simler/Lequette*, Daloz, Les obligations, 11. Aufl. 2013, Rn. 339 f.

Lieferanten zum Gegenstand hatte.²² Die Richter urteilten, dass die Haftungsbeschränkung wirksam sei, und sprachen der Klägerin statt der geltend gemachten 61 Mio. € Schaden lediglich einen Ersatzanspruch von knapp über 200.000 € zu. Zur Begründung führten sie aus, dass nur eine solche Klausel unwirksam sei, die dem Vertragszweck und der Pflichterfüllung inhaltlich komplett widerspricht. Die streitgegenständliche Klausel laufe den wesentlichen Vertragsverpflichtungen nicht vollständig zuwider.²³ Eine Haftungsbeschränkung, die den Schuldner nicht von jeder Haftung entbindet und dem Vertrag das Synallagma belässt, sei demgegenüber unproblematisch. Im selben Urteil betonte die Cour de Cassation ebenfalls, dass es zur Beurteilung der Wirksamkeit einer Klausel einer umfassenden Betrachtung bedürfe, bei der insbesondere zu berücksichtigen sei, ob die Klausel einen ausreichenden finanziellen Druck auf den Schuldner ausübt, um ihn zu dem Sorgfaltsmaßstab anzuhalten, zu dem ihn das Rechtsgeschäft verpflichtet.²⁴ Im Anschluss kann davon ausgegangen werden, dass summenmäßige Haftungsbeschränkungen im unternehmerischen Verkehr regelmäßig den Anforderungen der Lehre von der *cause* standhalten und daher wirksam sind.²⁵

Verstößt eine Haftungsbeschränkung ausnahmsweise gegen die Grundsätze der Chronopost-Rechtsprechungslinie, ist sie ungültig. Die Wirksamkeit des Vertrags bleibt hiervon grundsätzlich unberührt. Eine geltungserhaltende Reduktion wird für möglich gehalten, sofern die Klausel teilbar ist.²⁶ Ansonsten greifen gesetzliche Haftungsregelungen ein. In den Chronopost-Fällen traten an die Stelle der Klausel die Haftungsregeln aus dem Transportrecht (Art. L133-1ff. des Code de Commerce). Für die Haftungssummen hat die französische Regierung ein Dekret erlassen, unter das alle Transportverträge fallen und das gewichtsbezogene Haftungshöchstgrenzen festlegt.²⁷ Subsidiär gilt im Falle des Fehlens eines speziellen Haftungsregimes

²² Cour de Cassation, Chambre Commerciale 29.06.2010, Bulletin 2010, IV, n° 115.

²³ Ebenda.

²⁴ Ebenda.

²⁵ *Fages*, RTD civ. (Revue trimestrielle de droit civil) 2010, S. 555 f.; *Hager*, Die Strukturen des Privatrechts in Europa, 1. Aufl. 2012, S. 48.

²⁶ *Delebecque*, Juris Classeur Civil, 1146 -1155, Fasc 21, Nr. 128; *Jourdain/Viney/Jourdain*, Les effets de la responsabilité, 2. Aufl. 2001, S. 414; *Gräser* (Fn. 3), S. 78 f., jeweils unter Berufung auf Cass.Civ. 18.1.1937, Gazette de Palais 1937, I, S. 584.

²⁷ Décret 99-269 vom 6.4.1999.

Art. 1150 Code Civil, wonach allerdings die Schadenshöhe auf die Voraussehbarkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses begrenzt ist.

(2) Vorsatz und Fahrlässigkeit

Unzulässig ist es, die Haftung für den Fall auszuschließen, dass eine Leistung willentlich nicht oder nicht vertragsgemäß erbracht wird oder dass mit Schädigungswillen gehandelt wird (*faute dolosive*).²⁸ Ein entsprechender Haftungsausschluss wird als unvereinbar mit dem Grundsatz von Treu und Glauben erachtet (Art. 1134 al.3 Code Civil).

Ebenfalls nicht ausgeschlossen werden kann die Haftung für das Vorliegen einer sog. *faute lourde*.²⁹ Nach der klassischen Definition der Rechtsprechung liegt sie vor, wenn außerordentlich schwerwiegendes Verhalten gegeben ist, „das sich dem Vorsatz annähert und die Unfähigkeit des Schuldners aufzeigt, die von ihm vertraglich übernommene Verpflichtung zu erfüllen“.³⁰ Nachdem der Tatbestand der *faute lourde* zwischenzeitlich stark ausgeweitet und losgelöst vom Verschuldensgrad rein objektiv auf die Bedeutung der verletzten Pflicht abgestellt wurde, ist die Rechtsprechung hiervon mit Beginn der Chronopost-Rechtsprechungslinie im Jahr 1996 abgerückt.³¹ Der Zusammenhang zwischen der Bedeutung der Pflichtverletzung und der Möglichkeit des Haftungsausschlusses wird seither im Zusammenhang mit der Lehre von der *cause* behandelt (s.o.). Im Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass ein wirksamer Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit nicht möglich ist, während ein Haftungsausschluss für einfache Fahrlässigkeit grundsätzlich als wirksam erachtet wird.³²

²⁸ Cour de Cassation, Chambre Civile, 4.2.1969, D 1969, S. 601; vgl. auch *Capitant/Terré/Lequette*, Grands arrêts, Tome 1, 12. Aufl. 2006, no 166-167, Rn. 9.

²⁹ *Terré/Simler/Lequette*, Dalloz, Les obligations, 10. Aufl. 2012, Rn. 613, 617.

³⁰ Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 3.4.1990, Bulletin civil IV, n° 108.

³¹ Cour de Cassation, Chambre Mixte, 22.4.2005, D. (Dalloz Actualité) 2005, 1864, Anm. *Tosi*; JCP(Juris-Classeur périodique) G 2005, II, 10066 Anm. *Loiseau*.

³² *Legier*, Encyclopédie Dalloz, Loseblattausgabe, Stichwort „Responsabilité contractuelle“, Stand April 2006, n° 249; in deutscher Sprache *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1986, Rn. 2 G 549, S. 111.

Wird eine *faute dolosive* oder *faute lourde* festgestellt, tritt nach der Rechtsprechung eine unbeschränkte Haftung ein.³³

(3) Besonderheiten bei der kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistung

Gemäß Art. 1643 Code Civil kann die Sachmängelhaftung des Verkäufers für verdeckte Mängel (*vices cachés*) zwar grundsätzlich abbedungen werden.³⁴ Die Rechtsprechung erkennt die Wirksamkeit entsprechender Haftungsbeschränkungen jedoch nur an, wenn die beteiligten Unternehmen derselben Branche angehören (*professionnels de la même spécialité*).³⁵ Hintergrund ist die Annahme, der branchengleiche Käufer sei weniger schutzwürdig, da er in der Lage ist den Mangel zu erkennen. Verallgemeinerungsfähige Grundsätze, wann eine Branchengleichheit vorliegt, existieren nicht. Generell besteht jedoch die Tendenz, das Merkmal und somit die Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen restriktiv auszulegen.³⁶ Bejaht wurde die Branchengleichheit beispielsweise im Verhältnis eines Herstellers von Elektroschleusen zum Reparateur von Elektroschleusen³⁷ sowie beim Verkauf eines Kinobetriebs im Verhältnis zweier Kinobetreiber.³⁸ Verneint wurde hingegen die Branchengleichheit im Verhältnis des Inhabers einer Baumschule zu einem Landwirt bezüglich der Mängel verkaufter Pflanzen.³⁹

(4) Sonstige Beschränkungen

Ob die Haftung für Körperschäden oder den Tod ausgeschlossen werden kann, ist umstritten. Während dies teilweise bejaht wird, verstößt ein solcher Haftungsausschluss nach anderer Auffassung gegen das aus Art. 16-1 Code Civil abgeleitete

³³ Cour de Cassation (assemblée plénière), 30.6.1998, *D.* 1999, S. 262, Anm. *Mazeaud*; JCP(Juris Classeur périodique) 1998, II, n° 10146.

³⁴ Für erkennbare Mängel besteht von vornherein keine Haftung.

³⁵ Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 8.7.1975, n° 72-12.602, Bulletin civil IV, n° 199; Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 29.11.1983, Bulletin civil IV, n° 329; Cour de Cassation, Chambre Civile, 20.2.1996, Bulletin civil I, n° 86.

³⁶ Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 23.6.1992, Bulletin civil IV, n° 247.

³⁷ CA Rennes, 11.5.1995, Jurisdata 043805.

³⁸ CA Angers, 16.6.1992, Jurisdata 048148.

³⁹ Cour de Cassation, Chambre Civile, 24.11.1993, RJDA (*Revue de Jurisprudence de Droit des affaires*) 2/94, n° 139.

Prinzip der Unveräußerlichkeit und der eingeschränkten Dispositionsfähigkeit über den menschlichen Körper.⁴⁰

Auch wenn nach französischem Recht die deliktische Haftung grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden kann,⁴¹ spielt diese Beschränkung der Privatautonomie für den vorliegend interessierenden vertraglichen Bereich keine Rolle. Denn aufgrund der *régle de non-cumul* ist es dem Geschädigten verwehrt, deliktische Schadensersatzansprüche geltend zu machen, sofern diese mit vertraglichen Ansprüchen konkurrieren.⁴² Vertragliche Haftungsbeschränkungen werden hiernach nicht durch die Geltendmachung deliktischer Ansprüche um ihre Wirkung beraubt.⁴³

3. Resümee

Für die Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen ist im französischen Recht auch nach Novellierung des Art. L. 442-6 I 2 Code de Commerce primär die aus Art. 1131 Code Civil abgeleitete Chronopost-Rechtsprechungslinie maßgeblich. Die insoweit von der Cour de Cassation geprägte Formel, wonach Freizeichnungsklauseln unwirksam sind, wenn sie im Falle ihrer Anwendung dem Vertrag jede Substanz rauben, erinnert an das Aushöhlungsverbot des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Die Strenge der hieraus abgeleiteten Inhaltskontrolle von Haftungsbeschränkungen bleibt jedoch deutlich hinter den Maßstäben zurück, die der BGH für das deutsche Recht propagiert. Eine Freizeichnungsklausel ist nach der Chronopost-Rechtsprechungslinie nur in dem Ausnahmefall unwirksam, dass sie den Schuldner nahezu von jeder Haftung entbindet. Summenmäßige Haftungsbeschränkungen, die die Ersatzfähigkeit von Teilen des vertragstypischen Schadens ausschließen, sind hiermit ohne Weiteres vereinbar.

⁴⁰ CA Versailles, 5.04.2002, RJDA (Revue de Jurisprudence de Droit des affaires) 2002, n° 949.

⁴¹ Cour de Cassation, Chambre Civile, 20.6.1995, Bulletin Civil I, n° 270; *Delebecque*, Juris Classeur Civil, 1146 -155, Fasc 21., Nr. 128.

⁴² Vgl. Dazu im ganzen *Espagnon*, La règle de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle en droit civil français, 1. Aufl., 1980 et Juris-classeur civil fasc.176-1, n° 55; *Bruns*, Haftungsbeschränkung, 2003, S. 119.

⁴³ Cour de Cassation, Chambre Civile, 9.6.1993, Bulletin civil II, n° 204.

III. England

1. Einführung

Gewisse Beschränkungen der Vertragsfreiheit folgen bereits aus dem englischen *common law*. Darüber hinaus spielt speziell für Haftungsbeschränkungen vor allem das *statute law* eine Rolle. Während die *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* (UTCCR)⁴⁴ ausschließlich auf Verbraucherverträge Anwendung finden, gilt der *Unfair Contract Terms Act 1977* (UCTA) auch für den unternehmerischen Rechtsverkehr. Bemerkenswert ist schließlich die 2001 durch die Einsetzung einer Kommission initiierte Reformdiskussion, die sich auch intensiv mit dem Bedürfnis einer Inhaltskontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr befasst.

2. Common law

Auf Grundlage des *common law* unterliegen vertragliche Haftungsbeschränkungen einigen wenigen generellen Einschränkungen.⁴⁵ So ist zunächst anerkannt, dass die Haftung für betrügerisches Verhalten (*fraud*) grundsätzlich nicht eingeschränkt werden kann.⁴⁶ Es ist aber bereits unklar, ob dies auch bezüglich des Verhaltens eines Vertreters gilt.⁴⁷ Unzulässig ist die Berufung auf eine Haftungsbeschränkung, wenn die Gegenseite durch falsche Information über deren Bedeutung in die Irre geführt wurde.⁴⁸ Schließlich finden sich auch im *common law* Bestrebungen, Haftungsbeschränkungen die Wirksamkeit zu versagen, weil sie unangemessen (*unreasonable*) sind oder ihre Anwendung im Einzelfall unangemessen erscheint.⁴⁹ Mit Blick auf die

⁴⁴ Fortgeschrieben durch den *Unfair Terms in Consumer Contracts (Amendment) Regulations 2001* (Statutory Instrument 2001 No. 1186).

⁴⁵ A. G. Guest in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts, (Sweet & Maxwell London 2012), Rn. 14-134 ff; aus dem deutschen Schrifttum Bruns (Fn. 42), S. 117 f.

⁴⁶ S. Pearson & Son Ltd v Dublin Corp [1907] A.C. 351, 353, 354, 362; HIH Casualty and General Insurance Ltd v Chase Manhattan Bank [2003] UKHL 6, [2003] 2 Lloyd's Rep. 61 at [16], [76], [98]; Granville Oil & Chemicals Ltd v Davis Turner & Co [2003] EWCA Civ 570, [2003] 2 Lloyd's Rep. 356 at [15]; Siehe auch Armitage v Nurse [1998] Ch. 241; Spread Trustee Co Ltd v Hutcheson [2011] UKPC 13.

⁴⁷ HIH Casualty and General Insurance Ltd v Chase Manhattan Bank [2003] UKHL 6, [2003] 2 Lloyd's Rep. 61, S. 14 - 17, 76 - 81, 118 - 126. Siehe dazu auch Anm. von Henley, Exclusion clauses for Fraud, (2003), 119 LQR 537.

⁴⁸ Curtis v Chemical Cleaning s and Dyeing Co., [1951] 1 K.B. 805. Weitere Nachweise finden sich bei A. G. Guest in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts, (Sweet & Maxwell London 2012), Rn. 14-134.

⁴⁹ A. G. Guest in: Hugh G. Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts, (Sweet & Maxwell London 2012), Rn. 14-137 mit umfangreichen Nachweisen. Zur Tendenz der englischen Gerichte, eine Inhaltskontrol-

Wertungen des UCTA, der maßgeblich auf den *test of reasonableness* abstellt (hierzu sogleich unter III.), wird aber insoweit zur Zurückhaltung gemahnt und betont, bei annähernd gleicher Verhandlungsmacht der Parteien komme eine Invalidierung grundsätzlich nicht in Betracht.⁵⁰

3. Inhaltskontrolle unter dem Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA)

a) Für den unternehmerischen Verkehr einschlägige Klauselverbote

Anders als der Name des UCTA vermuten lässt, befasst sich dieser nicht mit jeder Art von „unfairen“ Klauseln, sondern nur mit Haftungsbeschränkungen und -ausschlüssen. Dabei stellt section 13 UCTA jedoch klar, dass hierunter jede Erschwerung von Ersatzansprüchen (auch auf Ebene der Beweislast) sowie die Beschränkung von Rechtsbehelfen zu zählen sind. Ob die Haftungsbeschränkung in Form von vorformulierten Klauseln oder ausgehandelten Vertragsbedingungen eingeführt wird, spielt mit Ausnahme von section 3 UCTA, der nur für *written standard terms of business* gilt, keine Rolle. Im Übrigen enthält der UCTA zwei unterschiedliche Arten von Klauselverboten: Absolute Klauselverbote, die die Unwirksamkeit der Haftungsbeschränkung anordnen, ohne dass es einer weiteren Wertung bedarf, und relative Klauselverbote, die die Unwirksamkeit davon abhängig machen, ob die Regelung einem *test of reasonableness* genügt.⁵¹

(1) Haftung für Fahrlässigkeit (Section 2 UCTA)

Gemäß section 2 (1) UCTA kann die Haftung für Fahrlässigkeit (*negligence*) nicht ausgeschlossen werden, soweit es um den Tod eines Menschen oder eine Körperverletzung geht. Mit Blick auf alle übrigen Konstellationen hängt die Wirksamkeit des Ausschlusses der Haftung für Fahrlässigkeit gemäß section 2 (2) UCTA davon ab, ob der Haftungsausschluss dem *test of reasonableness* genügt.

le dadurch zu ersetzen, dass Haftungsbeschränkungen möglichst eng ausgelegt werden *Horler*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2011, S. 149 ff.

⁵⁰ *Luddite v Ginger Coote Airways Ltd* [1947] A.C. 233, 242; *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] AC. 827, 848, 851; *A. G. Guest* in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts*, (Sweet & Maxwell London 2012), Rn. 14-137.

⁵¹ Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf den für England geltenden Teil 1 des UCTA.

(2) Haftungsbeschränkungen in *written standard terms of business* (Section 3 UCTA)

Im Fall der Verwendung von *written standard terms of business* ordnet section 3 UCTA des Weiteren an, dass (i) Haftungsbeschränkungen für den Fall der Schlechtleistung⁵², (ii) Regelungen, die eine Leistung ermöglichen, die substantiell von der regelmäßig zu erwartenden Leistung abweicht⁵³ und (iii) Regelungen, die die Pflicht zur Leistungserbringung gänzlich ausschließen⁵⁴, unter dem Vorbehalt des *test of reasonableness* stehen.

Von einer Definition des Begriffs der *written standard terms of business* hat der Gesetzgeber bewusst abgesehen, um Vermeidungsstrategien entgegenzuwirken.⁵⁵ Auch die Rechtsprechung hat bisher keine allgemein gültige Definition hervorgebracht.⁵⁶ Festgehalten werden kann jedoch, dass der Begriff der *written standard terms of business* nicht mit dem Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen des § 305 Abs. 1 BGB identisch ist. Ein zentraler Unterschied besteht darin, dass die Qualifikation als *written standard terms of business* nicht für die einzelne Klausel, sondern den gesamten Vertrag vorgenommen wird.⁵⁷ Tendenziell verhält es sich so, dass ab einem bestimmten Umfang der Verhandlungen der gesamte Vertrag nicht als *written standard terms of business* behandelt wird, ohne dass es auf das Aushandeln der infrage stehenden Klausel ankommt.⁵⁸ Umgekehrt kommt es vor, dass eine Qualifikation als *written standard terms of business* erfolgt, obwohl die strittige Klausel verhandelt und verändert wurde.⁵⁹

⁵² Sec 3 (2) (a).

⁵³ Sec 3 (2) (b) (i).

⁵⁴ Sec 3 (2) (b) (i).

⁵⁵ Law Commission, Second Report, Nr. 69, 1975, Abs. 155, 157.

⁵⁶ Vgl. aber *McCrone v Boots Farm Sales Ltd* [1981] S. L. T. 103; *Hadley Design Associates Limited v Westminster London Borough Council* [2003] All E. R. 164.

⁵⁷ *Horler* (Fn. 49), S. 171 f.

⁵⁸ *Flamar Interocean Ltd v Denmac Ltd, The Flamar Pride* [1990] 1 Lloyd's Rep. 434, 438; *Salvage Association v CAP Financial Services Ltd* [1995] F.S.R. 654, 672; *St Albans City and District Council v International Computers Ltd* [1997] F.S.R. 251. Vgl. Auch A. G. Guest in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts*, (Sweet & Maxwell London 2012), Rn. 14-072.

⁵⁹ A. G. Guest in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts*, (Sweet & Maxwell London 2012), Rn. 14-072; *Pegler Ltd v Wang (UK) Ltd* [2000] Build. L.R 218.

(3) Haftung für die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten im Zusammenhang mit der Übertragung von Gütern (Section 6 und Section 7 UCTA)

Die Regelungen der sections 6 und 7 UCTA gelten für Kaufverträge, Ratenkaufverträge, Mietverträge und sonstige auf die Übertragung von Gütern (*contracts under which goods pass*) gerichtete Verträge. Unter Verweis auf eine Reihe von Spezialgesetzen⁶⁰ ordnen sie an, dass verschiedene dort definierte wesentliche Vertragspflichten (*implied terms*) nicht eingeschränkt werden können. Das betrifft zunächst die Verpflichtung, dem Vertragspartner eine Rechtsposition zu verschaffen, die nicht durch die Rechte Dritter beeinträchtigt wird.⁶¹ Insoweit ist der Ausschluss stets unwirksam, ohne dass es auf den *test of reasonableness* ankommt.⁶² Des Weiteren wird die Verpflichtung genannt, dass die Ware der vorherigen Beschreibung oder einem zur Verfügung gestellten Muster entsprechen, zufriedenstellende Qualität aufweisen und sich für den Vertragszweck eignen muss.⁶³ Diesbezüglich ist ein Haftungsausschluss nur unwirksam, wenn er dem *test of reasonableness* nicht standhält.⁶⁴

(4) Haftung für fehlerhafte Informationen vor Vertragsschluss (Section 8 UCTA)

Gemäß section 8 UCTA stehen auch vertragliche Ausschlüsse der Haftung wegen fehlerhafter Informationen vor dem Vertragsschluss unter dem Vorbehalt des *test of reasonableness*. Diese Regelung kann Probleme bereiten, wenn – wie u.a. in Unternehmenskaufverträgen üblich – vereinbart wird, dass eine Haftung nur auf die im Vertrag ausdrücklich enthaltenen Garantien gestützt werden kann.⁶⁵ In der Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass entsprechende Klauseln jedenfalls dann nicht zu beanstanden sind, wenn die Haftung für vorsätzliche Fehlinformationen von der Freizeichnung ausgeschlossen bleibt.⁶⁶

⁶⁰ Es handelt sich um den Sale of Goods Act 1979 und den Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973.

⁶¹ Sec. 6 (1) (a) UCTA i.V.m. sec. 12 Sale of Goods Act bzw. Sec. 6 (1) (b) i.V.m. sec. 8 Supply of Goods (Implied Terms) Act.

⁶² Eine – wertungsmäßig nicht erklärbare – Ausnahme enthält Sec. 7 (4), der auf solche Verträge Anwendung findet, bei denen Eigentum oder Besitz an einer Sache übertragen wird und der nicht unter Sec. 6 fällt. Hier wird auf den *reasonableness test* verwiesen.

⁶³ Sec. 6 (2) (a) UCTA i.V.m. Sec. 13, 14, 15 Sale of Goods Act bzw. Sec. 6 (2) (b) i.V.m. sec. 9, 10, 11 Supply of Goods (Implied Terms) Act.

⁶⁴ Sec. 6 (3).

⁶⁵ Vgl. *Breitsprecher*, AnwZert HaGesR 12/2010, Anm. 1

⁶⁶ EA Grimstead & Son Ltd v McGarrigan [1999] EWCA Civ 3029; Thomas Witter Ltd. v TBP Industries Ltd [1996] 2 All ER 573.

b) Maßstäbe des *test of reasonableness*

(1) Vorgaben von Section 11 UCTA

Gemäß section 11 (1) UCTA genügt eine Klausel dem *test of reasonableness*, wenn sie unter Berücksichtigung der Umstände, die den Beteiligten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, fair und angemessen ist. Die Beweislast liegt gemäß section 11 (5) UCTA bei derjenigen Partei, die sich auf die Klausel beruft. Zur weiteren Konkretisierung der hierbei in Erwägung zu ziehenden Umstände, verweist section 11 (2) UCTA auf die – insoweit allerdings nicht abschließenden – Richtlinien des Anhangs 2 zum UCTA. Maßgeblich sind hiernach insbesondere die folgenden Aspekte:

- Die relative Verhandlungsstärke der Vertragsparteien (schedule 2 (a))
- Ein der Gegenseite gewährter Anreiz, die Klausel zu akzeptieren oder die Möglichkeit der Gegenseite, den Vertrag ohne die Klausel mit einem Dritten abzuschließen (schedule 2 (b))
- Ein besonderes Bewusstsein der Gegenseite bezüglich des Inhalts und des Ausmaßes der Klausel⁶⁷ (schedule 2 (c))

Im Fall von summenmäßigen Haftungsbeschränkungen ist gemäß section 11 (4) UCTA des Weiteren zu berücksichtigen:

- Die Mittel, die demjenigen, der sich auf die Haftungsbeschränkung beruft, zur Verfügung stünden, um der Inanspruchnahme Genüge zu tun
- Ob derjenige, der sich auf die Haftungsbeschränkung beruft, die Möglichkeit hatte Versicherungsschutz zu erlangen

(2) Genereller Prüfungsmaßstab

Der *test of reasonableness* ist immer eine Einzelfallprüfung. Der Prüfungsmaßstab ist dabei nicht objektiv-generell, sondern die *reasonableness* einer Klausel bestimmt sich danach, ob sie in dem konkreten Vertrag *reasonable* und *fair* ist und nicht, ob sie allgemein in solchen Verträgen des üblichen Geschäftskreises *reasonable* und *fair*

⁶⁷ Hierzu *Bodenheimer*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Unternehmensverkehr im englischen und deutschen Recht, S. 142.

wäre.⁶⁸ Eine höchstrichterliche Entscheidung über die Wirksamkeit einer bestimmten Klausel ist daher nicht als Präjudiz für zukünftige Fälle verbindlich.⁶⁹

(3) Besonderheiten des unternehmerischen Rechtsverkehrs

Obgleich der UCTA nicht grundsätzlich zwischen dem unternehmerischen Rechtsverkehr und Verbraucherverträgen unterscheidet, variieren in der gerichtlichen Praxis die Anforderungen, die die Gerichte an den *test of reasonableness* stellen. Während die Anforderungen an die Wirksamkeit einer Klausel bei Verbraucherverträgen sehr hoch sind, neigen die Gerichte bei Vertragsschlüssen zwischen Unternehmen mit vergleichbarer Verhandlungsstärke dazu, die vertragliche Risikoallokation der Parteien zu respektieren.⁷⁰ So hat sich der Court of Appeal in *Watford Electronics Ltd v Sanderson Ltd*⁷¹ aus dem Jahr 2001 dafür ausgesprochen, in Verträge des unternehmerischen Geschäftsverkehrs zurückhaltend einzugreifen. Er begründete dies damit, dass erfahrene Geschäftsleute gleicher Verhandlungsstärke am besten beurteilen könnten, ob sie ein faires Geschäft vereinbart haben. Insbesondere ist davon auszugehen, dass sie keiner ihrer Einschätzung nach unangemessenen Vereinbarung zustimmen würden. Nur wenn eine Vertragsbestimmung so unangemessen ist, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Vertragspartei diese richtig verstanden haben kann, dürfte das Gericht eingreifen und die Vertragsbestimmung für unwirksam erklären.

Konkret im Zusammenhang mit summenmäßigen Haftungsbeschränkungen sind zwei Entscheidungen des House of Lords zu nennen: In *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd*.⁷² wurde ein Sicherheitsunternehmen auf Schadensersatz in Anspruch genommen, weil ein Angestellter die zu überwachende Lagerhalle in Brand gesetzt hatte. Das Sicherheitsunternehmen berief sich demgegenüber auf eine summenmäßige Haftungsbeschränkung und die Richter gelangten zu dem Er-

⁶⁸ Phillips Products Ltd v Hyland [1987] 1 W.L.R. 659, 668.

⁶⁹ Phillips Products Ltd v Hyland [1987] 1 W.L.R. 659, 668; Edmund Murray Ltd v BSP International Foundations Ltd [1993] 33 Con.L.R. 1; Soniar International v East Anglia Freight Terminal Ltd [1997] 2 Lloyd's Rep. 48, 55. So auch *Horler* (Fn. 49), S. 179.

⁷⁰ Zum Ganzen *Horler* (Fn. 49), S. 181 ff.

⁷¹ *Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Limited* [2001] 1 All. E. R. (Comm) 696 [55]; bestätigt in *Granville Oil & Chemicals Ltd v David Turner & Co Ltd* [2003] 2 Lloyd's Rep. 356 [31]. Vgl. zuvor bereits *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827, dessen Sachverhalt in zeitlicher Hinsicht jedoch noch nicht in den Anwendungsbereich des UCTA fiel.

⁷² *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] UKHL 2.

gebnis, dass diese angemessen sei. Zur Begründung verwiesen sie auf die geringe Vergütung des Sicherheitsunternehmens sowie den Umstand, dass es dem Kläger eher als dem Sicherheitsunternehmen möglich gewesen sei, den Schaden zu versichern. In *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd*.⁷³ klagte ein Landwirt gegen einen Lieferanten, der ihm eine Samensorte geliefert hatte, die zu dieser Jahreszeit nicht hätte geliefert werden dürfen. Gegenüber dem Schadensersatzanspruch in Höhe von £ 61.513 berief sich der Händler auf eine Klausel, die die Haftung auf den Kaufpreis der Samen (£ 192) beschränkte. Hier qualifizierten die Richter die Haftungsbeschränkung als unangemessen, weil man vom Großhändler erwarten könne, dass er sich gegen einen solchen Fehler versichert, und die Höhe des Schadens den Kaufpreis um ein Vielfaches übersteigt.

c) Vom Anwendungsbereich des UCTA ausgeschlossene Verträge

(1) Besondere Vertragstypen

Anhang 1 des UCTA nimmt einige wichtige Vertragstypen ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des UCTA aus. Hierbei handelt sich u.a um Versicherungsverträge, Immobilienverträge, Verträge über Immaterialgüter, Gesellschaftsverträge sowie Verträge, die Wertpapiere zum Gegenstand haben.

(2) Internationaler Bezug

Section 26 UCTA bestimmt, dass der UCTA keine Anwendung auf internationale Lieferverträge (*International supply contracts*) findet. Ausweislich der Definition in section 26 (3) UCTA sind hiervon nicht nur Kaufverträge und Verträge erfasst, die auf die Eigentumsübertragung, sondern auch solche, die auf die Gebrauchsüberlassung gerichtet sind. Nicht erfasst sind hingegen Verträge über Dienstleistungen. Der internationale Bezug setzt im Wesentlichen voraus, dass die beteiligten Parteien ihren Sitz in unterschiedlichen Ländern haben. Hintergrund der Regelung ist unter anderem die Annahme, grenzüberschreitende Transaktionen würden regelmäßig ein gewisses Volumen (*some size*) aufweisen und begründeten daher ein besonderes Bedürfnis der Beteiligten nach Vertragsfreiheit.⁷⁴

⁷³ *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd* [1983] 2 AC 803, 816 ff.

⁷⁴ The Law Commission, *Exemption Clauses in Contracts*, First Report, Nr. 24, 1969, Abs. 120, 122; The Law Commission, *Exemption Clauses Second Report*, Nr. 69, 1975, Abs. 213.

Des Weiteren finden wesentliche Teile des UCTA gemäß section 27 (1) UCTA keine Anwendung, wenn das englische Recht allein aufgrund einer Rechtswahl Anwendung findet und ohne eine solche Rechtswahl das Recht eines anderen Landes nach Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung käme.

d) Rechtsfolgen unwirksamer Klauseln

Verstößt eine Klausel gegen die Vorgaben des UCTA, ist sie unwirksam. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob es sich um einen Verstoß gegen ein absolutes Klauselverbot handelt oder ein relatives Klauselverbot eingreift und die Klausel dem *test of reasonableness* nicht standhält. Eine geltungserhaltende Reduktion findet nicht statt. Es ist dann von der gänzlichen Unwirksamkeit auszugehen.⁷⁵ Die Wirksamkeit des Vertrags im Übrigen wird im Wesentlichen davon abhängig gemacht, ob die Unwirksamkeit der Klausel maßgeblichen Einfluss auf das Äquivalenzverhältnis hat (*severance of consideration*).⁷⁶

4. Reformdiskussion

Seit längerem gibt es in England (gemeinsam mit Schottland) Bestrebungen, im Bereich des Verbraucherschutzes Überschneidungen zwischen dem UCTA und den UTCCR zu harmonisieren⁷⁷ und zugleich die Inhaltskontrolle der UTCCR partiell auf den unternehmerischen Rechtsverkehr auszudehnen. Hierzu wurde im Januar 2001 eine Reformkommission, bestehend aus der Law Commission und der Scottish Law Commission eingesetzt, die im Jahr 2005 ihren Abschlussbericht veröffentlichte.⁷⁸ Unter Betonung der Bedeutung der Privatautonomie wendet sich der Bericht gegen eine generelle Ausweitung der Inhaltskontrolle auf den unternehmerischen Verkehr und plädiert lediglich für eine Erstreckung auf Kleinunternehmen (*small businesses*).⁷⁹ Diese sollen geschützt werden, wenn sie außerhalb ihrer Kerntätigkeit Verträ-

⁷⁵ *Stewart Gill Ltd v Horatio Myer & Co Ltd* [1992] 1 Q.B. 600; [1992] EWCA Civ. 6. Vgl. zudem *A. G. Guest* in: Hugh G. Beale (Hrsg.), *Chitty on Contracts*, (Sweet & Maxwell London 2012), Rn. 14-101 m.w.N.

⁷⁶ Ausf. und mit weiteren Nachweisen *Horler* (Fn. 49), S. 269 ff.

⁷⁷ Gleichzeitig soll der entsprechenden EU-Richtlinie 93/13/EEC Rechnung getragen werden.

⁷⁸ *The Law Commission and the Scottish Law Commission, Unfair Terms in Contracts, Report on a reference to the Law Commissions under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965, February 2005.*

⁷⁹ *The Law Commission Report* (Fn. 78), 1.13.

ge abschließen und hierbei mit *standard terms* konfrontiert werden.⁸⁰ Als schutzbedürftige „Kleinstunternehmen“ werden solche Unternehmen identifiziert, die über keine rechtlichen Erfahrungen verfügen und maximal neun Mitarbeiter beschäftigen.⁸¹ Eine Ausnahme ist jedoch unter anderem für den Fall vorgesehen, dass das Kleinstunternehmen einen Vertrag mit einem Wert (*transaction value*) von über £ 500.000 abschließt.⁸² Zur Begründung wird ausgeführt, bei einem solchen Vertragswert könne erwartet werden, dass das Kleinstunternehmen rechtliche Beratung in Anspruch nimmt.⁸³

Der Reformvorschlag wurde seither nicht weiter verfolgt. Zum Jahreswechsel 2013/2014 sind die Empfehlungen der Reformkommission zwar in den Entwurf einer *Consumer Rights Bill* eingeflossen.⁸⁴ Der den unternehmerischen Rechtsverkehr betreffende Teil blieb hierbei jedoch ausgespart.

5. Resümee

Die Wirksamkeit von Freizeichnungsklauseln hängt im englischen Recht entscheidend davon ab, ob sie dem *test of reasonableness* des UCTA standhalten. Die hierbei zu berücksichtigenden Erwägungen sind vielfältigster Art. Neben der relativen Verhandlungsstärke der Parteien umfassen sie konkret im Zusammenhang mit Haftungsbeschränkungen auch Aspekte wie die Leistungsfähigkeit des potentiell Haftenden und die Erhältlichkeit von Versicherungsschutz. Tendenziell gehen die Gerichte im unternehmerischen Rechtsverkehr sehr zurückhaltend mit dem *test of reasonableness* um und vertreten den Standpunkt, dass bei vergleichbarer Verhandlungsstärke der Parteien deren vertragliche Risikoallokation grundsätzlich zu respektieren sei. Summenmäßige Haftungsbeschränkungen sind hiernach ohne Weiteres möglich. Bemerkenswert ist schließlich der von einer Reformkommission entwickelte Vorschlag, Kleinstunternehmen mit maximal neun Mitarbeitern in ähnlicher Weise wie Verbrauchern Schutz vor *standard terms* zu gewähren, hiervon jedoch eine Rück-

⁸⁰ The Law Commission Report (Fn. 78), 5.13; 5.28 f. Vgl. auch *Bodenheimer*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Unternehmensverkehr im englischen und deutschen Recht, 2012, S. 176.

⁸¹ The Law Commission Report (Fn. 78), 5.35.

⁸² The Law Commission Report (Fn. 78), 5.55 ff.

⁸³ The Law Commission Report (Fn. 78), 5.58.

⁸⁴ Schedule 2 der Consumer Rights Bill (HC Bill 180).

ausnahme zu machen, wenn der betroffene Vertrag einen wirtschaftlichen Wert von über £ 500.000 aufweist.

IV. USA

1. Einführung

Die Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln erfolgt im amerikanischen Recht anhand mehrerer Rechtsinstitute, deren Anwendungsbereiche teilweise gegeneinander abgegrenzt werden müssen, sich teilweise aber auch überschneiden.⁸⁵ Gemeinsam ist ihnen, dass keine Differenzierung zwischen vorformulierten und individuell ausgehandelten Vertragsklauseln vorgenommen wird. Am bei weitem bedeutsamsten ist die Inhaltskontrolle auf Grundlage des Uniform Commercial Code (UCC), der in nahezu allen amerikanischen Bundesstaaten Anwendung findet. Daneben kennt auch das *common law* einige Regelungen, die Schutz vor unangemessenen Vertragsbestimmungen gewähren.

2. Klauselkontrolle nach dem Uniform Commercial Code (UCC)

Die für die Inhaltskontrolle maßgeblichen Vorschriften des UCC finden sich im Abschnitt des Art. 2 in den §§ 2-302, 2-316 und 2-719 UCC.

a) Anwendungsbereich des UCC

Der Anwendungsbereich des UCC ist nicht auf den unternehmerischen Rechtsverkehr beschränkt und erfasst hiernach auch Verbraucherverträge. Unmittelbar einschlägig sind die Regelungen des Art. 2 für *sales*, d.h. die Veräußerung beweglicher Sachen.⁸⁶ Obwohl § 2-102 UCC bestimmt, dass die Klauselkontrollvorschriften grundsätzlich nicht auf andere Rechtsgebiete und Verträge übertragen werden sollen, ist anerkannt, dass jedenfalls der in § 2-302 UCC normierte Grundsatz der *unconscionability* auch außerhalb des Kaufrechts Anwendung findet.⁸⁷ In der Recht-

⁸⁵ *Munz*, Allgemeine Geschäftsbedingungen in den USA und Deutschland im Handelsverkehr, 1992, S. 27.

⁸⁶ Weitestgehend inhaltsgleiche Regelungen finden sich im Abschnitt des Art. 2A für die Miete und das Immobilierleasing.

⁸⁷ Ausführlich zur Ausstrahlungswirkung des *unconscionability*-Standards: Farnsworth on Contracts I, 1990, 1. Auflage, § 4.28, S. 497 ff. m.w.N.

sprechung wurden daher auch Exklusivhändler-, Franchise-, Dienst- und Werkverträge an § 2-302 UCC gemessen.⁸⁸

b) Grundsatz der *unconscionability* (§ 2-302 UCC)

Die amerikanischen Gerichte haben aufgrund der *unconscionability*-Klausel des § 2-302 UCC die Möglichkeit, unangemessene Vertragsklauseln für unwirksam zu erklären oder in ihren Wirkungen zu beschränken. Der Anwendungsbereich der Regelung beschränkt sich dabei nicht auf besondere Klauseltypen, sondern ermöglicht die Überprüfung des gesamten Vertragsinhalts jeder einzelnen Klausel. Wie bereits angesprochen, kommt es auch nicht darauf an, ob die Klausel vorformuliert oder individuell vereinbart wurde. Vorformulierte Bedingungen (*standardized contracts, form contracts, boilerplate clauses*) können allerdings bei der Inhaltskontrolle einem strengerem Maßstab als Individualklauseln unterliegen.⁸⁹

Eine Klausel ist unangemessen (*unconscionable*), wenn sie eine Partei übermäßig benachteiligt oder wenn diese Partei keine Wahl hatte, als den betreffenden Vertrag in dieser Form abzuschließen.⁹⁰ Das Gericht nimmt dabei stets eine Einzelfallentscheidung vor, sodass die Urteile keine generelle Aussage für die Gestaltung von Vertragsklauseln enthalten. Gleichwohl hat sich eine Differenzierung zwischen der *procedural unconscionability* und der *substantive unconscionability* etabliert. Die *procedural unconscionability* beschreibt die Unangemessenheit der Bedingungen im Hinblick auf das Zustandekommen des Vertrages.⁹¹ Von einer Unangemessenheit ist hiernach insbesondere bei einem Ungleichgewicht der Vertragspartner in Hinblick auf Alter, Intelligenz und Verhandlungsstärke auszugehen, welches dazu führt, dass die Parteien nicht auf der gleichen Informations- bzw. Ausgangsbasis in den Vertrag

⁸⁸ Shell Oil Co v. Marinello, 307, Atlantic Reporter, Second Series, 598, 63 New Jersey Supreme Court 402 (1973); Sinkoff v. Schlitz Brewing Co., 51 Miscellaneous Reports (New York Second Series) 446, 273 New York Supplement, Second Series 364, (1966); Clinic Masters, Inc. v. District Court of County of El Paso, 556 Pacific Reporter, Second Series 473 (Colorado 1978). Daneben wurde der Grundsatz der *unconscionability* vereinzelt in weiteren Uniform Laws und Einzelstaatengesetzen wie beispielsweise dem Uniform Consumer Credit Code (§ 5.108), dem Uniform Consumer Sales Practices Act (§ 4) oder dem Uniform Land Transactions Act (§ 1-311) kodifiziert.

⁸⁹ Campbell Soup Co. v. Wentz, 172 Federal Reporter, Second Series 80 (United States Court of Appeals for the Third Circuit 1948); *Munz*, (Fn. 85), S. 31 m.w.N.

⁹⁰ Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 Federal Reporter, Second Series 445, 449 (District of Columbia Circuits 1965).

⁹¹ Siehe hierzu *White/Summers*, Uniform Commercial Code (Hornbook Series), 5. Aufl. 2004, § 4-3, S. 154 ff.

einwilligen.⁹² Demgegenüber knüpft die *substantive unconscionability* an den Inhalt der Vertragsklauseln selbst an.⁹³ *Substantive unconscionability* liegt insbesondere dann vor, wenn die Vertragsklausel den Vertragspartner in seinen Handlungsmöglichkeiten stark einschränkt.

Die Bedeutung des Grundsatzes der *unconscionability* beschränkt sich zwar nicht auf Verbraucherverträge, ist dort aber bei weitem am größten.⁹⁴ In vielen den unternehmerischen Rechtsverkehr betreffenden Urteilen wird deutlich, dass sich die Gerichte bei der Annahme der Unangemessenheit große Zurückhaltung auferlegen.⁹⁵ Hierbei wird unter anderem darauf hingewiesen, Kaufleuten stehe es frei, Risiken untereinander zu verteilen.⁹⁶ Gleichwohl existieren vereinzelt Entscheidungen, in denen auch bei Verträgen zwischen Unternehmen die *procedural unconscionability* geprüft und bejaht wurde.⁹⁷ So hat beispielsweise der Indiana Supreme Court in *Weaver v. American Oil Company* die Unangemessenheit einer Klausel bejaht, die die American Oil Company von der Haftung für Fahrlässigkeit befreit und zugleich den Vertragspartner verpflichtet, sie gegenüber Dritten freizustellen.⁹⁸ Maßgeblich war insoweit die Feststellung, dass zwischen den Parteien ein erhebliches Ungleichgewicht hinsichtlich ihrer juristischen Kenntnisse und Erfahrungen im Bereich des Tankstellenrechts bestand.⁹⁹ Daneben wurde im unternehmerischen Rechtsverkehr die Annahme der *procedural unconscionability* zuweilen auch darauf gestützt, dass

⁹² *White/Summers* (Fn. 91), § 4-3, S. 155 ff.

⁹³ *White/Summers* (Fn. 91), § 4-5, S. 159 ff.; § 4-6, S. 163 ff.

⁹⁴ Vgl. Farnsworth on Contracts I (Fn. 87), § 4.28, S. 503.

⁹⁵ *American Dredging Co. v. Plaza Petroleum, Inc.*, 799 Federal Supplement 1335, 18 UCC2d 1101 (Federal District Court, Eastern District of New York 1992); *Providence & Worcester R. Co. v. Sargent & Greenleaf, Inc.*, 802 Federal Supplement 680, 19 UCC2d 21 (Federal District Court, Rhode Island 1992); Siehe hierzu *White/Summers* (Fn. 91), § 4-9, S. 173 m.w.N in Fn. 2.

⁹⁶ Siehe hierzu die Besprechung von *White/Summers* (Fn. 91), § 4-9, S. 173 in Fn. 2.

⁹⁷ Siehe *Weaver v. American Oil Company*, 257 Indiana Supreme Court 485, 276 North Eastern Reporter, Second Series 144 (1971); *Maxon Corp. v. Tyler Pipe Industries, Inc.* 497 North Eastern Reporter, Second Series 570, 3 UCC2d 52 (Indiana Court of Appeals 1986.); *Johnson v. Mobil Oil* 415 Federal Supplement 264, 20 UCC 637 (District Court for the Eastern District of Michigan 1976); *Moscatiello v. Pittsburgh Contractors Equipment Co.* 407 Pennsylvania Superior Court 363, 595 Atlantic Reporter, Second Series 1190, 16 UCC2d 71 (1991).

⁹⁸ 257 Indiana Supreme Court 485, 276 North Eastern Reporter, Second Series 144 (1971).

⁹⁹ In einem ähnlich gelagerten Fall auch *Johnson v. Mobil Oil*, 415 Federal Supplement 264, 20 UCC 637 (District Court for the Eastern District of Michigan 1976).

die streitgegenständliche Klausel unzureichend optisch hervorgehoben bzw. für den Vertragspartner nicht verständlich gewesen sei.¹⁰⁰

Bezüglich der Rechtsfolgen unangemessener Vertragsklauseln gewährt § 2-302 UCC den Gerichten erhebliche Flexibilität, die auch die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion beinhaltet. Konkret sieht die Regelung vor, dass das Gericht (i) die Durchsetzung des Vertrages insgesamt ablehnt, (ii) den Vertrag ohne die kritische Klausel zur Geltung bringt oder (iii) die Anwendung der kritischen Klausel so einschränkt, dass das Ergebnis nicht mehr grob unangemessen ist.

c) Spezialregelungen für Haftungsbeschränkungen

Während § 2-302 UCC alle Arten von Vertragsklauseln erfasst und einer Kontrolle unterzieht, greifen für die Verkäuferhaftung bei Gewährleistung und Schadensersatz darüber hinaus zusätzliche Spezialregelungen, die sich konkret mit Haftungsbeschränkungen und -ausschlüssen befassen. § 2-316 UCC gilt hierbei für Modifikationen des Anspruchsgrundes, § 2-719 UCC für Modifikationen der Rechtsbehelfe bzw. des Anspruchsinhalts.¹⁰¹

(1) Ausschluss und Modifikation von Zusicherungen (§ 2-316 UCC)

§ 2-316 UCC regelt, unter welchen Voraussetzungen die Verantwortung für bestimmte Zusicherungen (*warranties*) beschränkt oder ausgeschlossen werden kann. Dabei unterscheidet die Regelung zwischen stillschweigenden (*implied*) und ausdrücklichen (*express*) Zusicherungen.

Die Wirksamkeit von Haftungsbegrenzungen bezüglich stillschweigender Zusicherungen richtet sich primär nach § 2-316 (2) UCC, der allerdings keine Inhaltskontrolle vorsieht, sondern bestimmte formale Voraussetzungen statuiert, die erfüllt sein müssen, damit die Beschränkung Vertragsbestandteil wird. Die Regelung differenziert insoweit weiter zwischen *implied warranty of merchantability* (stillschweigende Zusicherung der Handelstauglichkeit der Ware) und *implied warranty of fitness for a particular purpose* (stillschweigende Zusicherung einer bestimmten Zweckgeeig-

¹⁰⁰ Maxon Corp. v. Tyler Pipe Industries, Inc., 497 North Eastern Report, Second Series 570, 3 UCC2d 52 (Ind. App. 1986); *White/Summers* (Fn. 91), § 4-9, S. 174 m.w.N.

¹⁰¹ Vgl. *White/Summers* (Fn. 91), § 12-11, S. 456.

netheit).¹⁰² Der volle oder teilweise Ausschluss der *implied warranty of merchantability* setzt hiernach grundsätzlich voraus, dass das Wort *merchantability* erwähnt wird. Handelt es sich dabei um eine Freizeichnung in Schriftform, so muss diese erkennbar (*conspicuous*) sein.¹⁰³ Demgegenüber muss der Ausschluss einer *warranty of fitness* in Schriftform und gut wahrnehmbar formuliert sein.¹⁰⁴ Obgleich die Anforderungen grundsätzlich auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr gelten,¹⁰⁵ werden sie für diesen zum Teil erheblich eingeschränkt. So soll hinsichtlich des Ausschlusses einer *warranty of merchantability* dem Erfordernis der Erkennbarkeit auch dann Genüge getan sein, wenn die Klausel aus vorhergehenden Geschäftsverbindungen bekannt war, ohne dass es ihrer Hervorhebung im Text des Vertrags oder der Geschäftsbedingungen bedarf.¹⁰⁶ Ebenfalls für den unternehmerischen Rechtsverkehr relevant ist § 2-316 (3)(c) UCC, wonach die Abbedingung oder Änderung einer *implied warranty* unter anderem durch Handelsbrauch möglich ist.¹⁰⁷

Ausdrückliche Zusicherungen (*express warranties*) können nach Maßgabe des § 2-316 (1) UCC beschränkt werden. Hier kommt ebenfalls keine Inhaltskontrolle im engeren Sinne zum Tragen, sondern es kommt wesentlich darauf an, ob der Vertragspartner durch die Beschränkung der Zusicherung überrascht wird.¹⁰⁸ Dabei ist anerkannt, dass eine Unwirksamkeit bei der Verwendung entsprechender Beschränkungen gegenüber Verbrauchern eher zu bejahen sein wird, als bei der Verwendung gegenüber einem Unternehmen.¹⁰⁹ Im unternehmerischen Rechtsverkehr wird es insbesondere als zulässig erachtet, wenn die Regelung des § 2-213 UCC, der be-

¹⁰² Näher *White/Summers* (Fn. 91), § 12-5, S. 430.

¹⁰³ UCC 2-316 (2) S.1.

¹⁰⁴ UCC 2-316 (2) S. 2.

¹⁰⁵ *U.S. Fibres, Inc. v. Proctor & Schwartz, Inc.* 509 Federal Reporter, Second Series 1043 (US Court of Appeals for the Sixth Circuit 1975); *Architectural Aluminium Corp. v. Macarr, Inc.*, 333 New York Supplement, Second Series 818, 70 Miscellaneous Reports (New York, Second Series) 495 (New York Supreme Court of Judicature 1972).

¹⁰⁶ *U.S. Fibres, Inc. v. Proctor & Schwartz, Inc.* 509 Federal Reporter, Second Series 1043 (US Court of Appeals for the Sixth Circuit); *Fargo Machine & Tool Co. v. Karney & Trecker Corp.*, 471 Federal Supplement 1344 (District Court, Eastern District of New York 1979).

¹⁰⁷ *Country Clubs, Inc. v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.* 430 Federal Reporter, Second Series 1394 (US Court of Appeals for the Sixth Circuit 1970); *Spurgeon v. Jamieson Motors*, 521 Pacific Reporter, Second Series 924, 164 Montana Supreme Court 296 (1974); *Gulash v. Stylarama, Inc.*, 364 Atlantic Reporter, Second Series 1221, 33 Connecticut Supplement 108 (1975).

¹⁰⁸ Vgl. hierzu Comment 1 zu § 2-316 (1) abgedruckt bei *White/Summers* (Fn. 91), § 12-3, S. 426.

¹⁰⁹ *White/Summers* (Fn. 91), § 12-3, S. 426 f.

stimmt, wann eine *express warranty* anzunehmen ist, zum Nachteil des Vertragspartners modifiziert wird.¹¹⁰

Fraglich ist, ob die von § 2-316 UCC erfassten Gewährleistungsbeschränkungen zusätzlich einer Inhaltskontrolle am Kriterium der *unconscionability* unterworfen werden können, obwohl die Regelung (im Unterschied zu § 2-719 UCC) hierauf nicht ausdrücklich verweist. In der Literatur geht man überwiegend davon aus, dass dies durch Rückgriff auf § 2-302 UCC möglich ist.¹¹¹ Für die Rechtsprechung spielt diese Frage eine untergeordnete Rolle, da die Gerichte die Anwendungsbereiche der §§ 2-719, 2-302 und 2-316 UCC ohnehin kaum voneinander abgrenzen.¹¹²

(2) Modifikation und Beschränkung von Rechtsbehelfen (§ 2-719 UCC)

§ 2-719 (1) UCC gestattet es dem Verkäufer, seine Schadensersatzhaftung vertraglich einzuschränken oder auszuschließen. Insbesondere ist es zulässig, die Schadensersatzhaftung durch einen Anspruch auf Kaufpreisrückzahlung (gegen Rückgewähr der fehlerhaften Kaufsache), auf Nachbesserung oder auf Ersatzlieferung zu ersetzen.¹¹³ Doch nennt die Regelung auch Grenzen der Gestaltungsfreiheit. Insbesondere lebt das gesetzliche Gewährleistungsregime wieder auf, wenn das vertraglich als exklusiv vorgesehene Gewährleistungsrecht fehlgeschlagen ist (insbesondere mehrmalige vergebliche Nachbesserungen).¹¹⁴

Praktisch relevant ist ferner § 2-719 (3) UCC, der die vertragliche Beschränkung bzw. den Ausschluss von Folgeschäden einer Überprüfung anhand des Kriteriums der *unconscionability* unterwirft. Ähnlich wie bei § 2-302 UCC spielen auch insoweit die Kriterien der Verhandlungsmacht und der Umstände des Vertragsschlusses eine entscheidende Rolle.¹¹⁵ Für den unternehmerischen Verkehr wird dabei un-

¹¹⁰ Vgl. hierzu *U.S. Fibres, Inc. v. Proctor & Schwartz, Inc.* Hier befand sich in den Vertragsbedingungen des Verkäufers eine Klausel, nach der eine *express warranty* nur dann bestehen sollte, wenn das Wort „guarantee“ benutzt wurde. Der Court of Appeal hat diese Klausel für zulässig gehalten und daher die Klage abgewiesen. Munz (Fn. 85), S. 47.

¹¹¹ *White/Summers* (Fn. 91), § 12-11, S. 458 f. m.w.N.

¹¹² *White/Summers* (Fn. 91), § 12-11, S. 458 ff.; *A & M Produce Co. v. FMC Corporation*, 186 California Reporter. 114, 135 California Appellate Reports Third Series 473 (1982); *K-Lines, Inc. v. Roberts Motor Co.*, 541 Pacific Reporter, Second Series 1378, 1380, 273 Oregon Supreme Court 242 (1975); detailliert siehe hierzu Munz (Fn. 85), S. 53 m.w.N.

¹¹³ § 2-719 (1) (a) und (b) UCC.

¹¹⁴ § 2-719 (2) UCC.

¹¹⁵ *White/Summers* (Fn. 91), § 12-11, S. 456 ff.

ter Hinweis auf die dort typischerweise gleichstarken Verhandlungspositionen davon ausgegangen, dass entsprechende Haftungsausschlüsse in der Regel wirksam sind.¹¹⁶ Ausnahmen werden gemacht, wenn der Käufer im Verhältnis zum Verkäufer besonders unerfahren ist und auf den Sachverstand des Verkäufers vertrauen muss.¹¹⁷ Darüber hinaus findet sich in § 2-719 (3) Satz 2 UCC die Wertung, dass die Haftung für Folgeschäden im unternehmerischen Bereich einfacher beschränkt werden kann als bei Verträgen gegenüber Verbrauchern.

Werden demgegenüber Schadenspauschalen vereinbart, findet eine Überprüfung, ob diese zu niedrig sind und daher die Haftung in unangemessener Weise einschränken, auf Grundlage von § 2-302 UCC statt.¹¹⁸

3. Klauselkontrolle nach dem *common law*

Die Regeln des *common law* hatten vor allem vor Einführung des UCC Bedeutung. So hat beispielsweise der Supreme Court im Jahr 1894 auf Grundlage des *common law* entschieden, dass betragsmäßige Haftungsbeschränkungen grundsätzlich zulässig sind.¹¹⁹ Maßgebliche Kriterien des *common law* sind die *public policy*¹²⁰, *fraud*, *misrepresentation* und *duress*.¹²¹ *Fraud*, *misrepresentation* und *duress* knüpfen dabei an den Vertragsprozess und das Verhalten der Vertragsparteien an. Daneben hat auch

¹¹⁶ U.S. Fibres, Inc. v. Proctor & Schwartz, Inc. 509 Federal Reporter, Second Series 1043, 1048 (US Court of Appeals for the Sixth Circuit 1975) m.w.N; so auch Munz (Fn. 85), S. 55 m.w.N.

¹¹⁷ A & M Produce Co. v. FMC Corporation 186 California Reporter 114, 135 California Appellate Reports, Third Series 473 (1982); Majors v. Kalo Laboratories, Inc. 407 Federal Supplement 20 (District Court, Middle Alabama 1975).

¹¹⁸ Munz (Fn. 85), S. 58. Unangemessen hohe Schadenspauschalen sind gemäß § 2-718 (1) S. 2 UCC als unzulässige Vertragstrafen zu werten.

¹¹⁹ Primrose v. Western Union Tel. Co. 154 United States Supreme Court Reports 1, 14 (1894).

¹²⁰ Der Hauptanwendungsbereich liegt auf dem Gebiet der Kontrolle von Vertragsklauseln für die Freizeichnung für vorsätzliche oder fahrlässige unerlaubte Handlungen. Durch den wachsenden Einfluss der *unconscionability-doctrin* überschneiden sich diese beiden Rechtsinstitute teilweise, so dass eine Klausel oftmals als *unconscionable* und gegen die *public policy* gerichtet bezeichnet wird. Vgl. Spanogle, 117 University of Pennsylvania Law Review 931, 959 f. (1969).

¹²¹ Munz (Fn. 85), S. 33.

die *unconscionability-doctrine* ihren Ursprung im *common law*.¹²² Nach Einführung des UCC spielt sie als Institut des *common law* kaum eine eigenständige Rolle mehr.¹²³

4. Resümee

Im Mittelpunkt der Inhaltskontrolle des amerikanischen Rechts steht der in § 2-302 UCC normierte Grundsatz der *unconscionability*, welcher es den Gerichten ermöglicht, als unangemessen (*unconscionable*) empfundene Vertragsklauseln für unwirksam zu erklären oder in ihren Wirkungen zu beschränken. Besondere Bedeutung bei der Konkretisierung, wann eine Klausel unangemessen ist, kommt dabei unter dem Gesichtspunkt der *procedural unconscionability* der Frage zu, ob zwischen den Parteien ein erhebliches Verhandlungsungleichgewicht vorlag. Im unternehmerischen Rechtsverkehr sind die Gerichte jedoch sehr zurückhaltend damit, ein solches Verhandlungsungleichgewicht anzunehmen und in der Folge in die zwischen Unternehmen vereinbarte Risikoallokation einzugreifen. Die wirksame Vereinbarung von Haftungsausschlüssen und Haftungsbeschränkungen in Verträgen zwischen Unternehmen ist hiernach ohne Weiteres möglich.

V. Österreich

1. Einführung

Eine Inhaltskontrolle findet in Österreich zum Einen auf Grundlage von § 879 Abs. 1 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) statt, der die Nichtigkeit von Verträgen anordnet, die gegen die guten Sitten verstoßen. Darüber hinaus wurde im Jahr 1979 eine spezielle Klauselkontrolle eingeführt, die sich auf das ABGB und das Konsumentenschutzgesetzes (KSchG) aufteilt: Mit § 879 Abs. 3 ABGB wurde eine Generalklausel geschaffen, wonach eine in „Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern“ enthaltene Vertragsbestimmung nichtig ist, wenn sie „unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt“. Eine Konkretisierung der Generalklausel durch einzelne Klauselverbote findet sich seither in § 6 KSchG. Weil das KSchG jedoch in seinem Anwendungsbereich auf Verbraucherverträge be-

¹²² Die Grundzüge der heutigen Anwendung wurden in einer Entscheidung des US Supreme Court in einer *dissenting opinion* von Justice Frankfurter im Fall *US v. Bethlehem Steel Corp.*, 315 United States Supreme Court Reports 289, 62 US Supreme Court Reporter 581, 86 Lawyers Edition, United States Supreme Court Reports 855 (1942) entwickelt.

¹²³ *Munz* (Fn. 85), S. 33 m.w.N. Grund hierfür ist, dass die Gerichte außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs des UCC dessen Regelungen analog anwenden (s. Nachweis oben unter Fn. 87).

schränkt ist (§ 1 Abs. 1 KSchG), finden diese keine unmittelbare Anwendung auf den unternehmerischen Rechtsverkehr.¹²⁴

2. Allgemeine Kriterien der Inhaltskontrolle

a) Schutzzweck von § 879 Abs. 3 ABGB; Verhältnis zu Abs. 1

Nach allgemeiner Auffassung trägt § 879 Abs. 3 ABGB dem Umstand Rechnung, dass der mit AGB konfrontierte Vertragspartner in der Regel in seiner Willensbildung nicht frei ist, sondern nur vor der Wahl steht, sich den AGB zu fügen oder keinen Vertrag zu erhalten.¹²⁵ Man spricht insoweit von „verdünnter Willensfreiheit“.¹²⁶ Hintergrund dieses Erklärungsansatzes ist die Vorstellung, die Verwendung von AGB sei ein Indiz für eine auf einer monopolähnlichen Stellung beruhenden Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien.¹²⁷

Im Rahmen der Inhaltskontrolle wird vielfach nicht strikt zwischen § 879 Abs. 1 und Abs. 3 ABGB differenziert. Hintergrund ist das Verständnis, wonach es sich bei Abs. 3 lediglich um eine Konkretisierung von Abs. 1 handelt.¹²⁸ Die für die Ausfüllung des Merkmals der „gröblichen Benachteiligung“ in Abs. 3 maßgeblichen Merkmale der Äquivalenzstörung und der „verdünnten Willensfreiheit“ sind hiernach auch für die Konkretisierung des Merkmals der Sittenwidrigkeit in Abs. 1 maßgeblich.¹²⁹ Speziell die Wirksamkeit von Haftungsbeschränkungen wird daher auch dann, wenn Regelungen in AGB enthalten sind, vielfach allein anhand von § 879 Abs. 1 ABGB beurteilt.¹³⁰

b) Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen in § 879 Abs. 3 ABGB

Eine gesetzliche Definition des Begriffs der allgemeinen Geschäftsbedingungen und der ihnen gleichgestellten „Vertragsformblätter“ existiert nicht. In der Folge ist es zu

¹²⁴ Zur Indizwirkung unter 2.c.(2).

¹²⁵ *Krejci* in: Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 2000, § 879 Rn. 234 ausführlich; *Kellner*, Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2013, S. 143 m.w.N.

¹²⁶ Statt vieler OGH 13.4.1983, 1 Ob 581/83, S. 4; OGH 4.6.1985, 5 Ob 541/85, S. 10; OGH 18.9.2009, 6 Ob 104/09a, S. 14 (alle Urteile des OGH ohne Fundstellenangabe sind unter Angabe des Aktenzeichens (=Geschäftszahl) abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/Jus/>. Die Seitenangaben beziehen sich auf die dort abrufbaren PDF-Versionen); *Bollenberger* in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB, 3. Aufl. 2010, § 879 Rn. 22.

¹²⁷ *Krejci* (Fn. 125), § 879 Rn. 234.

¹²⁸ *Krejci* (Fn. 125), § 879 Rn. 231.

¹²⁹ OGH 19.12.2002, 8 ObA 129/02g, S. 5; OGH 10.12.1993, 9 ObA 234/93, S. 3.

¹³⁰ Vgl. OGH 22.11.1984, 7 Ob 666/84, S. 4 ff., wo die Sittenwidrigkeitsprüfung ohne jede Differenzierung zwischen den verschiedenen Absätzen von § 879 ABGB vorgenommen wird.

einer weitgehenden Anlehnung an die deutsche Definition in § 305 Abs. 1 BGB (bzw. die Vorgängernorm des § 1 ABGB) gekommen.¹³¹ Sie soll auch den Begriff der „Vertragsformblätter“ abdecken, dem keine eigenständige Bedeutung beigemessen wird.¹³² In der Folge hat der Oberste Gerichtshof (OGH) unter anderem entschieden: „nicht verhandelte und aus der Sicht des Verwenders beizubehaltende Klauseln fallen unter den Anwendungsbereich des § 879 Abs. 3 ABGB, auch wenn andere Vertragspunkte erörtert und auf Wunsch des Vertragspartners abgeändert wurden“.¹³³ Generell ist jedoch zu konstatieren, dass dem AGB-Begriff im österreichischen Recht eine deutlich geringere Bedeutung als im deutschen Recht zukommt.¹³⁴

c) Merkmal der „gröblichen Benachteiligung“ in § 879 Abs. 3 ABGB

(1) Objektive Äquivalenzstörung und Willensbildungsstörung als maßgebliche Kriterien

Zur Ermittlung des Tatbestandsmerkmals der „gröblichen Benachteiligung“ wird auf eine „bewegliche Beurteilung“¹³⁵ des Ausmaßes der objektiven Äquivalenzstörung einerseits und des Grades der Willensbildungsstörung („verdünnte Willensfreiheit“) andererseits abgestellt.¹³⁶ Bezüglich des ersten Merkmals ist eine sämtliche Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Interessenabwägung vorzunehmen, die auch die Frage nach dem sachlichen Grund der Abweichung vom dispositiven Recht zum Gegenstand hat.¹³⁷ Unter dem Aspekt der Willensbildungsstörung ist zu prüfen, ob dem Klauselgegner ein Vertragsbestandteil aufgedrängt wurde, den er nicht wollte. In diesem Zusammenhang wird insbesondere erörtert, ob zwischen den Parteien eine Ungleichgewichtslage besteht, d.h. ob dem Verwender eine monopolähnliche

¹³¹ OGH 27.1.1999, 7 Ob 170/98w, S. 5; *Apathy/Riedler* in: Schwimann, ABGB Praxiskommentar, Band IV, 3. Aufl. 2006, § 864a Rn. 1.

¹³² *Krejci* (Fn. 125), § 879 Rn. 232.

¹³³ OGH 28.11.2012, 7 Ob 93/12w, S. 22 f.

¹³⁴ Zu den Gründen sogleich unter c).(1).

¹³⁵ Statt vieler OGH 5.8.2003, 7 Ob 179/03d, S. 11 f.; *Apathy/Riedler* (Fn. 131), § 879 Rn. 30.

¹³⁶ Ausführlich OGH 4.6.1985, 5 Ob 541/85, S. 15 ff.; OGH 13.4.1983, 1 Ob 581/83, S. 3 f.; OGH 16.10.2013, 7 Ob 154/13t, S. 13 f.; *Krejci* (Fn. 125), § 879 Rn. 242.

¹³⁷ OGH 4.6.1985, 5 Ob 541/85, S. 16; OGH 13.4.1983, 1 Ob 581/83, S. 4; OGH 16.10.2013, 7 Ob 154/13t, S. 14.

Stellung zukommt oder aber der Klauselgegner den Vertrag auch mit einem anderen Partner hätte abschließen können.¹³⁸

Die Bedeutung der Willensbildungsstörung bei der Konkretisierung der „gröblichen Benachteiligung“ sowie das zuvor bereits angesprochene Verhältnis von § 879 Abs. 1 und Abs. 3 ABGB erklären, weshalb in Österreich dem Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen eine vergleichsweise geringe Bedeutung zukommt. Ist eine Regelung als AGB zu qualifizieren, soll das zwar indizieren, dass eine auf einer Ungleichgewichtslage beruhende Willensbildungsstörung vorliegt.¹³⁹ Das Ergebnis der Inhaltskontrolle wird hierdurch letztlich aber nicht präjudiziert. Stellt sich im Einzelfall heraus, dass tatsächlich keine Ungleichgewichtslage vorlag, ist dies bei der Feststellung der „gröblichen Benachteiligung“ zu berücksichtigen und führt im Zweifel dazu, dass diese zu verneinen ist.¹⁴⁰ Das gegenteilige Ergebnis ist zwar nicht ausgeschlossen, dürfte jedoch nur in Betracht kommen, wenn die Abweichungen vom dispositiven Recht so signifikant sind, dass sich das Sittenwidrigkeitsurteil ohne Weiteres auch aus § 879 Abs. 1 ABGB herleiten ließe.

(2) Indizwirkung von § 6 KSchG

Auch in Österreich geht die Rechtsprechung davon aus, dass die in § 6 KSchG für Verbrauchergeschäfte aufgeführten Klauselverbote zur Konkretisierung von § 879 Abs. 3 ABGB herangezogen werden können.¹⁴¹ Die „zwischen Unternehmern und Verbrauchern vom Gesetzgeber vermutete und als typisch angenommene Ungleichgewichtslage [sei] durchaus [mit] jener vergleichbar [...], die zwischen dem Verwender von allgemeinen Geschäftsbedingungen und seinem das Einverständnis geben müssenden Vertragspartner typischerweise herrscht“.¹⁴² Im selben Zusammenhang wird aber auch stets betont, dass die Schutzwürdigkeit von Verbrauchern noch höher einzustufen sei als die der Klauselgegner im unternehmerischen Bereich und daher

¹³⁸ U.a. OGH 22.11.1984, 7 Ob 666/84, S. 5, wo das Gericht im Zusammenhang mit der Einholung einer Bonitätsauskunft ausführte, eine „wirtschaftliche Vormachtstellung der Bank gegenüber ihrem Kunden“ habe nicht bestanden; der Klauselgegner sei „nicht gehindert gewesen, die gewünschte Auskunft auch auf anderem Weg einzuholen“.

¹³⁹ *Krejci* (Fn. 125), § 879 Rn. 234.

¹⁴⁰ Ebenda Fn. 139.

¹⁴¹ OGH 4.6.1985, 5 Ob 541/85, S. 17; OGH 8.7.1980, 5 Ob 570/80, S. 2 f.; OGH 16.10.2013, 7 Ob 154/13t, S. 14 ff.; *Krejci* (Fn. 125), § 879 Rn. 244.

¹⁴² OGH 4.6.1985, 5 Ob 541/85, S. 17.

eine undifferenzierte Übernahme der Klauselverbote nicht in Betracht komme.¹⁴³ Ferner wird die Übertragbarkeit der einzelnen Klauselverbote unter den Vorbehalt gestellt, dass eine vergleichbare Ungleichgewichtslage vorliegt.¹⁴⁴

Konkret besteht beispielsweise Einigkeit darüber, dass auch im Rahmen von § 879 Abs. 3 ABGB und damit im unternehmerischen Rechtsverkehr die Wertung des § 6 Abs. 1 Nr. 9, 1. Alt. KSchG Geltung beansprucht, wonach die Haftung für Personenschäden nicht eingeschränkt werden kann. Gleiches gilt für § 6 Abs. 2 Nr. 5 KSchG, der den Haftungsausschluss für Schäden an einer Sache, die der Verwender zur Bearbeitung übernommen hat, betrifft, sofern eine „qualifizierte Ungleichgewichtslage“ vorliegt.¹⁴⁵ Umgekehrt hat sich die Rechtsprechung aber beispielsweise gegen eine generelle Anwendung von § 6 Abs. 1 Nr. 9, 2. Alt. KSchG auf den unternehmerischen Rechtsverkehr entschieden, der im Rahmen von Verbraucherverträgen dem Unternehmer verbietet, die Haftung für grobe Fahrlässigkeit einzuschränken.¹⁴⁶ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Argumentation des OGH in einer Leitentscheidung aus dem Jahr 1984,¹⁴⁷ wonach „der Umstand, daß § 6 Abs. 1 Z 9 KSchG für den Verbraucher eine Vertragsbestimmung als nicht verbindlich erklärt, nach der die Schadenersatzpflicht des Unternehmers für den Fall ausgeschlossen wird, daß er den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet hat, [...] als Bestätigung des Gesetzgebers dafür angesehen werden [kann], daß ein derartiger Haftungsausschluß nicht schon grundsätzlich unzulässig ist.“ Im Ergebnis wertet das Gericht das Klauselverbot hiernach nicht als Indiz *gegen*, sondern als Indiz *für* die grundsätzliche Zulässigkeit eines entsprechenden Haftungsausschlusses.

(3) Kompensationsmöglichkeiten

Das österreichische Recht erlaubt in deutlich stärkerem Umfang als das deutsche Recht die Kompensation von für den Klauselgegner nachteiligen Vertragsbestimmungen durch andere für ihn vorteilhafte Vertragsbestimmungen. Neben der Kompensation einer nachteiligen Regelung durch eine funktionsgleiche bzw. zweckkon-

¹⁴³ OGH 4.6.1985, 5 Ob 541/85, S. 17; *Krejci* (Fn. 125), § 879 Rn. 244.

¹⁴⁴ *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB, 37. Aufl. 2009, § 879 E 630a.

¹⁴⁵ OGH 4.6.1985, 5 Ob 541/85, S. 19; *Krejci* (Fn. 125), § 879 Rn. 116.

¹⁴⁶ Näheres unter III.1.

¹⁴⁷ OGH 22.11.1984, 7 Ob 666/84, S. 6.

gruente Regelung¹⁴⁸ soll auch ein Gesamtvergleich möglich sein, wonach eine nachteilige Regelung durch eine Vielzahl günstiger Bedingungen aufgewogen wird.¹⁴⁹ Selbst das „Preisargument“, d.h. die Kompensation nachteiliger Vertragsnebenbedingungen durch einen besonders günstigen Preis, wird nicht gänzlich für ausgeschlossen gehalten.¹⁵⁰

d) Rechtsfolgen

Ein weiterer signifikanter Unterschied zum deutschen Recht besteht darin, dass nach ganz herrschender Meinung im Rahmen von § 873 ABGB eine geltungserhaltende Reduktion stattzufinden hat.¹⁵¹ Das soll insbesondere auch im Zusammenhang mit Freizeichnungsklauseln gelten.¹⁵² So lag beispielweise einer Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1984, in der das Gericht die Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses für grobe Fahrlässigkeit festgestellt hat, eine Klausel zugrunde, in der der Verwender jegliche Haftung ausschloss, „soweit es gesetzlich zulässig ist“.¹⁵³

3. Beurteilung von Haftungsbeschränkungen

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit bzw. Wirksamkeit von Haftungsbeschränkungen spielt es eine zentrale Rolle, ob der Ausschluss ein vorhersehbares und kalkulierbares Risiko betrifft.¹⁵⁴ Hintergrund dieses Kriteriums ist offenbar das Verständnis, wonach die Akzeptanz der Haftungsbeschränkung als Verzicht auf ein künftiges Recht

¹⁴⁸ Diese Kompensationsmöglichkeit wird auch im deutschen Recht im Rahmen von § 307 BGB anerkannt (*Fuchs* in: Ulmer/Brander/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. § 307 Rn. 152 m.w.N.).

¹⁴⁹ *Krejci* (Fn. 125), § 879 Rn. 241.

¹⁵⁰ *Krejci* (Fn. 125), § 879 Rn. 241. Siehe auch die Entscheidung vom 19.12.2013, wo der OGH bei der Beurteilung einer Haftungsfreizeichnung für Folgeschäden im Anlagenbau darauf abgestellt hat, dass eine unbeschränkte Haftung einen höheren Werklohn nach sich gezogen hätte (OGH 3 Ob 196/13i, S. 15).

¹⁵¹ OGH 13.4.1983, 1 Ob 581/83, S. 5; OGH 29.05.1996, 3 Ob 2004/96v, S. 18; OGH 16.05.2006, 1 Ob 44/06m, S. 18; OGH 17.12.2008, 6 Ob 241/07w, S. 16; *Krejci* (Fn. 125), § 879 Rn. 256 (mit Nachweisen zur Gegenmeinung); *Apathy/Riedler* (Fn. 131), § 879 Rn. 38; *Kolmasch* in: Schwimann, ABGB Taschenkommentar, 2. Aufl. 2013, § 879 Rn. 2. Keine geltungserhaltende Reduktion findet hingegen bei Verbraucherverträgen statt (OGH 5.8.2003, 7 Ob 179/03d, S. 14 ff. unter Verweis auf das Transparenzgebot aus § 6 Abs. 3 KSchG).

¹⁵² *Krejci* (Fn. 125), § 879 Rn. 256.

¹⁵³ OGH 22.11.1984, 7 Ob 666/84, S. 4 f.

¹⁵⁴ OGH 14.12.1960, 6 Ob 217/60, S. 2; OGH 12.7.1966, 8 Ob 182/66 = Juristische Blätter (JBI) 1967, 369, 370; OGH 22.11.1984, 7 Ob 666/84, S. 4 f.; OGH 4.6.1985, 5 Ob 541/85, S. 15; vgl. auch OGH 19.12.2013, 3 Ob 196/13i, S. 12 f.; OGH 29.5.1996, 3 Ob 2004/96v, S. 18 f.

zu werten ist und daher nicht Vorhersehbares letztlich nicht vom „Verzichtswillen“ des potentiellen Anspruchsberechtigten erfasst sein kann.¹⁵⁵

a) Einschränkung dem Grunde nach

Wie bereits erwähnt, wird unter Berufung auf die Wertungen des § 6 Abs. 1 Nr. 9, 1. Alt., Abs. 2 Nr. 5 KSchG auch im unternehmerischen Rechtsverkehr die Freizeichnung für Personenschäden und für Schäden an einer Sache, die der Verwender zur Bearbeitung übernommen hat, als unzulässig erachtet.¹⁵⁶ Letzteres soll jedoch nur gelten, wenn eine qualifizierte Ungleichgewichtslage vorliegt.

Jenseits dieser Fälle besteht Einigkeit darüber, dass eine Freizeichnung für *einfache Fahrlässigkeit* zulässig ist.¹⁵⁷ Das gilt auch für ein entsprechendes Verhalten von Erfüllungsgehilfen.¹⁵⁸ Umgekehrt soll die Haftung für *Vorsatz* in jedem Fall ausgeschlossen sein.¹⁵⁹ Umstritten ist, inwieweit auch die Haftung für *grobe Fahrlässigkeit* ausgeschlossen bzw. beschränkt werden kann.¹⁶⁰ Die herrschende Meinung greift insoweit auf das eingangs erwähnte Kriterium der Vorhersehbarkeit zurück und differenziert in der Folge zwischen der *schlicht groben Fahrlässigkeit*, die grundsätzlich ausgeschlossen werden kann, und der *krass groben Fahrlässigkeit*, für die ein Ausschluss nicht in Betracht kommt.¹⁶¹ Als *krass grobe Fahrlässigkeit* wird hiernach ein Verhalten beschrieben, mit dem „nach den Erfahrungen des täglichen Lebens und nach der redlichen Verkehrsübung nicht gerechnet werden kann“.¹⁶² Ob die Freizeichnungsmöglichkeit für schlicht grobe Fahrlässigkeit davon abhängt, dass keine dem Verhältnis von Unternehmer zum Verbraucher vergleichbare Ungleichgewichtslage vorliegt, ist nicht ganz klar, liegt aber nahe.¹⁶³ In der erwähnten Entschei-

¹⁵⁵ Wobei (auch bedingt durch die Möglichkeit der geltungserhaltenden Reduktion) die Auslegung der Reichweite der Haftungsbeschränkung und die Frage nach ihrer Zulässigkeit zwangsläufig miteinander verwoben sind.

¹⁵⁶ Nachweise siehe Fn. 145.

¹⁵⁷ *Krejci* (Fn. 125), § 879 Rn. 116; OGH 19.2.1992, 1 Ob 503/92, S. 9 f.; OGH 29.5.1996, 3 Ob 2004/96v, S. 18.

¹⁵⁸ *Krejci* (Fn. 125), § 879 Rn. 117.

¹⁵⁹ OGH 12.7.1966, 8 Ob 182/66; OGH 22.11.1984, 7 Ob 666/84, S. 4.

¹⁶⁰ Ausführlicher Meinungsüberblick OGH 22.11.1984, 7 Ob 666/84, S. 4 ff.; vgl. auch bei *Krejci* (Fn. 125), § 879 Rn. 115.

¹⁶¹ Mit Blick auf die Möglichkeit der geltungserhaltenden Reduktion bedarf es bei der Klauselgestaltung keiner entsprechenden Differenzierung.

¹⁶² *Krejci* (Fn. 125), § 879 Rn. 115.

¹⁶³ Ebenda Fn. 162.

dung aus dem Jahr 1984 hat der OGH zur Begründung der Wirksamkeit des Haftungsausschlusses wegen einer grob fahrlässig falschen Bonitätsauskunft ausdrücklich drauf abgestellt, dass zwischen den Parteien keine Ungleichgewichtslage vorlag.¹⁶⁴

b) Einschränkung des Haftungsumfangs

Rechtsprechung zur summenmäßigen Haftungsbeschränkung findet sich kaum. Bekannt ist lediglich eine Entscheidung aus dem Jahr 1948, in der eine Klausel in den Lagerbedingungen für Spediteure für sittenwidrig erklärt wurde, die die vom Verwahrer zu zahlende Entschädigung im Falle des Verlusts des Lagergutes auf den Betrag des Lagergelds für zwölf Monate beschränkt.¹⁶⁵ In einer anderen Entscheidung aus dem Jahr 1953 kam das Gericht demgegenüber zu dem Ergebnis, dass eine Haftungsbegrenzungsklausel, die den Umfang der Schadensersatzpflicht auf Schäden begrenzt, die unter Versicherungsschutz gebracht werden können, nicht sittenwidrig ist.¹⁶⁶

In neueren Entscheidungen zum Ausschluss der Haftung für Folgeschäden greift der OGH auf die bereits zuvor erörterten Kriterien der Vorhersehbarkeit, der Ungleichgewichtslage und der Unterscheidung von schlicht grober Fahrlässigkeit und krass grober Fahrlässigkeit zurück.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1985 betreffend die Haftung für Mangel- folgeschäden führt das Gericht aus, „die Haftungsbeschränkung sei wirksam, sofern nicht auf gänzlich unvorhersehbare oder atypische Schäden verzichtet wird, mit denen nicht gerechnet werden konnte, oder die Vereinbarung – insbesondere im Zusammenhang mit Ausschlüssen in allgemeinen Geschäftsbedingungen – nicht wegen der wirtschaftlichen Vormachtstellung oder Monopolstellung des durch den Ausschluss Begünstigten gegen die guten Sitten verstößt.“¹⁶⁷ Im konkreten Fall wurde die Wirksamkeit des Haftungsausschlusses bejaht, weil die infrage stehenden Mangel- folgeschäden (Ein- und Ausbaurkosten) für den Beklagten „vorhersehbar und kalkulierbar“ waren und keine „Anhaltspunkte dafür [bestanden], dass sich der Beklagte

¹⁶⁴ OGH 22.11.1984, 7 Ob 666/84, S. 5.

¹⁶⁵ OGH 29.9.1948, 3 Ob 282/48, S. 2 f.

¹⁶⁶ OGH 11.11.1953, 3 Ob 533/53, S. 3.

¹⁶⁷ OGH 4.6.1985, 5 Ob 541/85, S. 18.

den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin nur wegen deren Vormacht- oder Monopolstellung unterworfen hat.“¹⁶⁸ Eine weitere Rechtfertigung des Haftungsausschlusses wurde darin gesehen, dass der infrage stehende Schaden in keinem Verhältnis zum vom Verwender erhaltenen Entgelt stand.¹⁶⁹

Erwähnung verdient schließlich eine aktuelle Entscheidung aus dem Jahr 2013, in der der OGH einen Schadensersatzanspruch wegen mittelbarer Schäden (Gewinnentgang und erhöhte Produktionskosten) in Höhe von über 8 Mio. Euro abgewiesen hat. Auch wenn die Haftungsbeschränkungen nicht als AGB zu qualifizieren waren (die Geschädigte hatte sie selbst in die Verhandlung eingeführt), entsprechen die Erwägungen demselben Muster wie auch in dem zuvor besprochenen Fall. Als maßgeblich wurde insoweit erachtet, dass (i) die geltend gemachten Folgeschäden für die Bestellerin nicht unvorhersehbar gewesen seien, (ii) zwischen den Vertragsparteien „keine typische Ungleichgewichtslage wie zwischen Verbraucher und Unternehmer“ bestand und (iii) der Schaden nicht auf krass grober Fahrlässigkeit beruhte.¹⁷⁰

c) Sonstige Einschränkungen

Der OGH bejahte die Nichtigkeit einer Klausel im Rahmen eines Werkvertrags, wonach die Haftung des Verwenders für alle Schäden ausgeschlossen wurde, die vom Auftraggeber nicht innerhalb von drei Tagen schriftlich gemeldet wurden.¹⁷¹

4. Resümee

Obwohl das österreichische Recht eine dem deutschen Recht ähnliche AGB-Kontrolle enthält, die sich zudem am AGB-Begriff des § 305 Abs. 1 BGB orientiert, erweist es sich letztlich als deutlich liberaler.¹⁷² Einer der wesentlichen Gründe hierfür ist, dass im Unterschied zum deutschen Recht bei der Inhaltskontrolle auf Grundlage von § 879 Abs. 3 ABGB teleologische Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Zentrale Bedeutung hat insoweit die Frage, ob beim Vertragsschluss zwischen den Parteien eine Ungleichgewichtslage bestand. Soweit dies nicht der Fall ist, hält das Vereinbar-

¹⁶⁸ OGH 4.6.1985, 5 Ob 541/85, S. 20.

¹⁶⁹ Ebenda.

¹⁷⁰ OGH 19.12.2013, 3 Ob 196/13i, S. 9 ff.

¹⁷¹ OGH 14.2.2011, 10 Ob 93/11s, S. 12 ff.

¹⁷² Nicht nachvollziehbar die gegenteilige Einschätzung von *Bruns* (Fn. 42), S. 122.

te der Inhaltskontrolle regelmäßig stand. Erhebliche Abweichungen sind zudem speziell im Zusammenhang mit der Behandlung von Haftungsbeschränkungen festzustellen. Während nach der Rechtsprechung des BGH ein Ausschluss der Haftung für den vertragstypischen, vorhersehbaren Schaden weitestgehend ausscheidet, vertritt die österreichische Rechtsprechung exakt den gegenteiligen Standpunkt und akzeptiert den Ausschluss unter der Bedingung, dass der erfasste Schaden vorhersehbar ist. Summenmäßige Haftungsbeschränkungen, die die Pflicht zum Ersatz des vertragstypischen Schadens einschränken, sind hiernach ohne weiteres möglich. Ebenso kann die Haftung wegen „schlicht grober Fahrlässigkeit“ ausgeschlossen werden. Schließlich besteht ein signifikanter und äußerst praxisrelevanter Unterschied zum deutschen Recht darin, dass in Österreich grundsätzlich eine geltungserhaltende Reduktion stattfindet.

VI. Schweiz

1. Einführung

Das Schweizer Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) enthält in Art. 8 eine Regelung zur Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen, die seit 2012 jedoch nur noch für Verbraucherverträge gilt. Für den unternehmerischen Rechtsverkehr relevant sind daher allein die für die Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen entwickelten ungeschriebenen Regelungen sowie die allgemeinen, d.h. nicht AGB-spezifischen, Schranken der Vertragsfreiheit.¹⁷³ Speziell für Haftungsausschlüsse und -beschränkungen sind hierbei die Regelungen der Art. 100, 101 und 199 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) relevant.

2. Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen

a) Art. 8 UWG

Die bis zum 30. Juni 2012 geltende Fassung des Art. 8 UWG ordnete an, dass die Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen unlauter (und damit unwirksam¹⁷⁴) sei, soweit die einzelne Klausel „in irreführender Weise“ zum Nachteil einer

¹⁷³ Spezielle Regelungen über AGB greifen nur in bestimmten Ausnahmefällen, so z.B. in Art. 256 Abs. 2 OR (Mietvertrag), Art. 288 Abs. 2 OR (Pachtvertrag).

¹⁷⁴ Nach herrschender Meinung ergibt sich die Nichtigkeit aus Art. 8 i.V.m. Art. 2 UWG und Art. 20 OR (ausführlich *Thouvenin* in: Basler Kommentar UWG, 2013, Art. 8 Rn. 143 ff. m.w.N.).

Vertragspartei von der anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweicht oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsieht. Weil die Regelung wegen des Erfordernisses der Irreführung in der Praxis nahezu ohne Bedeutung war,¹⁷⁵ wurde sie im Jahr 2011 reformiert. In seiner am 1. Juli 2012 in Kraft getretenen Fassung verzichtet Art. 8 UWG nun auf das Erfordernis der Irreführung. Im Gegenzug wurde der Anwendungsbereich der Regelung jedoch auf Verbraucherverträge beschränkt. Auch wenn die Beschränkung speziell mit Blick auf die Schutzbedürftigkeit kleiner Unternehmen kritisiert wird,¹⁷⁶ dürfte zukünftig eine (gegebenenfalls analoge) Anwendung der in Art. 8 UWG vorgesehenen Inhaltskontrolle auf den unternehmerischen Rechtsverkehr angesichts der bewussten gesetzgeberischen Entscheidung kaum in Betracht kommen.

b) Ungeschriebene Regelungen

Aus den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts wurde eine Reihe von ungeschriebenen Regeln zum Umgang mit allgemeinen Geschäftsbedingungen entwickelt.¹⁷⁷ Sie beschränken sich aber im Wesentlichen auf die Frage, ob die AGB wirksam in den Vertrag einbezogen wurden (Ungewöhnlichkeitsregel)¹⁷⁸ und zu wessen Lasten Unklarheiten bezüglich der Reichweite einzelner Klauseln gehen (Unklarheitsregel).¹⁷⁹ Eine AGB-spezifische Inhaltskontrolle konnte sich demgegenüber nicht durchsetzen.¹⁸⁰ Vorgenommen wird lediglich eine „verdeckte“ Inhaltskontrolle auf Grundlage der Ungewöhnlichkeitsregel.¹⁸¹ Diese kommt zwar auch für den unter-

¹⁷⁵ *Ehle/Brunschweiler*, Schweizer AGB-Recht im Umbruch, Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW) 2012, S. 262, 267.

¹⁷⁶ U.a. *Stöckli*, Baurecht/Droit de la Construction (BR) 2011, S. 184 ff.; *Wildhaber*, Schweizerische Juristenzeitung (SJZ) 2011, S. 537 ff. Der Bundesrat sprach sich im Vorfeld der Gesetzesänderung noch ausdrücklich für die Einbeziehung von KMU aus, vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, Bundesblatt 2009, S. 6159, 6173. Die Limitierung auf den Konsumentenschutz war Bestandteil eines Kompromisses, vgl. *Stöckli*, a.a.O., S. 186.

¹⁷⁷ Der insoweit maßgebliche AGB-Begriff entspricht wohl im Wesentlichen dem des deutschen Rechts, *Ehle/Brunschweiler* (Fn. 175), 263 f. m.w.N.

¹⁷⁸ Entspricht dem deutschen § 305c Abs. 1 BGB. BGE 119 II, 443, 446; BGE 135 III 1, 7 (Bundesgerichtsentscheidungen sind abrufbar unter <http://www.bger.ch>); umfassende Darstellung bei *Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2009; § 23 Rn. 29 ff.

¹⁷⁹ Entspricht dem deutschen § 305c Abs. 2 BGB. BGE 115 II 264, 268 f.; BGE 122 III 118, 121; BGE 124 III 155, 258 f.; umfassende Darstellung bei *Koller* (Fn. 178), § 23 Rn. 64 ff.

¹⁸⁰ *Ehle/Brunschweiler* (Fn. 175), 263 m.w.N.

¹⁸¹ BGE 135 III 1, 7 ff.; BGE 135 III 225, 227 ff; *Pfeiffer*, Flucht ins schweizerische Recht? Zu den AGB-rechtlichen Folgen der Wahl schweizerischen Rechts, in: FS für Friedrich Graf von Westpha-

nehmerischen Rechtsverkehr in Betracht,¹⁸² dürfte für diesen jedoch von eher geringer Bedeutung sein. Insbesondere lässt sich die Unwirksamkeit seitens des Verwenders einer Klausel ohne weiteres dadurch verhindern, dass er die Gegenseite explizit darauf hinweist.¹⁸³

3. Allgemeine Schranken von Haftungsbeschränkungen

Die Art. 100, 101 und 199 OR schränken die Vertragsfreiheit bei der Vereinbarung von Freizeichnungsklauseln ein und finden unabhängig davon Anwendung, ob es sich insoweit um allgemeine Geschäftsbedingungen oder Individualvereinbarungen handelt.

a) Haftungsausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (Art. 100 Abs. 1 OR)

Gemäß Art. 100 Abs. 1 OR kann die Haftung für „rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit“ nicht ausgeschlossen werden.¹⁸⁴ Obgleich sich die Regelung ihrem Wortlaut nach nur auf den vollständigen Haftungsausschluss bezieht, findet sie darüber hinaus auf bloße Haftungsbeschränkungen Anwendung.¹⁸⁵ Die Regelung betrifft hiernach auch summenmäßige Haftungsbeschränkungen und führt zu deren Nichtigkeit, soweit sie für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gelten.¹⁸⁶

Eingeschränkt wird der Anwendungsbereich des Art. 100 Abs. 1 OR jedoch durch Art. 101 Abs. 2 OR. Dieser betrifft die Haftung für Hilfspersonen und sieht eine Möglichkeit der Freizeichnung vor, die abweichend von Art. 100 Abs. 1 OR nicht auf die Verschuldensform der einfachen Fahrlässigkeit beschränkt ist.¹⁸⁷ Als Hilfsperson

len, 2010, S. 555, 561; *Huguenin*, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2012, Rn. 611; *Ehle/Brunschweiler* (Fn. 175), S. 265.

¹⁸² BG 13.5.2005, 5P.115/2005, Erw. 1., 1.1.; allerdings kann sich nur die schwächere bzw. geschäftsunerfahrenere Partei darauf berufen, BGE 109 II 452, 457 f.; *Huguenin* (Fn. 181), Rn. 620.

¹⁸³ BGE 135 III 1, 7; BGE 135 III 225, S. 227; *Ehle/Brunschweiler* (Fn. 175), S. 265 f.; *Pfeiffer* (Fn. 181), S. 560 m.w.N.

¹⁸⁴ Obwohl die Regelung ihrer systematischen Stellung nach nur die Haftung wegen Nichterfüllung betrifft, findet sie nach herrschender Meinung auf sämtliche Fälle vertraglicher Haftung Anwendung (statt vieler *Koller*, (Fn. 178), § 60 Rn. 25; *Weber* in: Berner Kommentar, Art. 100 Rn. 36).

¹⁸⁵ *Koller* (Fn. 178), § 60 Rn. 26.

¹⁸⁶ BGE 115 II 474, 479; BGE 102 II 256, 264 f.

¹⁸⁷ Ausführlich *Wiegand* in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, Art. 101 Rn. 16; *Weber* in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 – 109 OR, 2000, Art. 101 Rn. 163; *Kostkiewicz* in: *Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, Obligationenrecht Kom-

ist dabei anzusehen, wer vom Geschäftsherrn bewusst zur Mitwirkung bei der Erfüllung eingesetzt wird.¹⁸⁸ Eines Subordinationsverhältnisses zwischen Geschäftsherrn und Hilfsperson bedarf es nicht.¹⁸⁹ Keine Hilfspersonen im Sinne des Art. 101 OR sind Organe einer juristischen Person.¹⁹⁰ Organen gleichgestellt und daher nicht als Hilfsperson qualifiziert werden auch faktische Organe.¹⁹¹

Angesichts der arbeitsteiligen Unternehmenspraxis, in der die Erfüllung vertraglicher Pflichten durch Hilfspersonen die Regel und nicht die Ausnahme ist, kommt der Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 100 Abs. 1 OR durch Art. 101 Abs. 2 OR erhebliche Bedeutung zu.¹⁹² Für weite Teile des unternehmerischen Rechtsverkehrs ist hiernach ein Ausschluss der Haftung auch für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz möglich. In der Literatur wird dies zuweilen als problematisch empfunden und es werden Korrekturen angemahnt.¹⁹³ Die Rechtsprechung hat entsprechende Vorschläge bisher jedoch nicht aufgenommen und Freizeichnungsklauseln unabhängig davon, ob sie individuell ausgehandelt oder in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten waren, als wirksam anerkannt.¹⁹⁴

b) Haftungsausschluss für einfache Fahrlässigkeit

Die Haftung für einfaches Verschulden kann grundsätzlich ausgeschlossen werden.¹⁹⁵ Dies folgt aus einem Umkehrschluss nicht nur aus Art. 100 Abs. 1 OR, sondern auch aus Art. 100 Abs. 2 OR. Dieser bestimmt, dass der Ausschluss der Haftung für „leichtes Verschulden“ nach dem Ermessen des Richters als nichtig betrachtet werden kann, „wenn der Verzichtende zur Zeit seiner Erklärung im Dienst des anderen Teils stand, oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betrieb eines obrigkeit-

mentar, 2. Aufl. 2009, Art. 101 Rn. 10. Eine Sonderregelung enthält Art. 101 Abs. 3 OR, wonach auch die Haftung für Hilfspersonen nur für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden kann, wenn der potentielle Haftungsgläubiger „im Dienst“ des durch die Freizeichnungsklausel Begünstigten steht oder die „Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes“ folgt.

¹⁸⁸ BGE 99 II 46, 48; BGE 70 II 215, 220; *Wiegand* (Fn. 187), Art. 101 Rn. 7.

¹⁸⁹ BGE 107 Ia 168, 169; *Wiegand* (Fn. 187), Art. 101 Rn. 7.

¹⁹⁰ BGE 102 II 256, 264; *Koller* (Fn. 178), § 54 Rn. 69.

¹⁹¹ Vgl. BGE 65 II 2, 6 m.w.N.; 70 II 220 (Filialleiter); exemplarische Auflistung faktischer Organe bei *Koller* (Fn. 178), § 54 Rn. 69.

¹⁹² Ebenso *Pfeiffer* (Fn. 181), S. 562 („praktisch höchst bedeutsame Auflockerung“).

¹⁹³ *Spiro*, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, 1984, S. 365 ff.; *Weber* (Fn. 187), Art. 101 Rn. 166 m.w.N.

¹⁹⁴ Vgl. BGE 77 II 154, 158 f.; SJZ 1972, S. 92 ff.; *Weber* (Fn. 187), Art. 101 Rn. 166 m.w.N.

¹⁹⁵ Statt vieler *Weber* (Fn. 187), Art. 100 Rn. 101; *Koller* (Fn. 178), § 60 Rn. 28.

lich konzessionierten Gewerbes folgt.¹⁹⁶ Der Vorschlag, die Regelung entsprechend anzuwenden, wenn marktmächtige Vertragspartner AGB verwenden,¹⁹⁷ hat sich nicht durchgesetzt. In der Literatur wird jedoch vertreten, dass die Freizeichnung von der Haftung für einfache Fahrlässigkeit ungültig sei, wenn sie der Natur des Geschäfts widerspricht.¹⁹⁸ Dies soll insbesondere für Dienstleistungen wie die des Rechtsanwalts gelten.¹⁹⁹ Die Rechtsprechung hat die Frage bisher offen gelassen.²⁰⁰

c) Gewährleistungsausschluss im Kaufrecht (Art. 199 OR)

Zu beachten ist weiterhin Art. 199 OR, wonach eine Vereinbarung über die Aufhebung oder Beschränkung der „Gewährspflicht“ bei Kaufverträgen über bewegliche Sachen ungültig ist, wenn der Verkäufer dem Käufer „die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat“.²⁰¹ Da die Regelung die Möglichkeiten der Haftungsfreizeichnung bei eigenem Verschulden im Vergleich zu Art. 100 Abs. 1 OR lockert und bezüglich des Verschuldens von Hilfspersonen im Vergleich zu Art. 101 Abs. 2 OR beschränkt, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis sie zu den allgemeinen Regelungen steht. Naheliegender erscheint die Annahme, dass Art. 199 OR den allgemeinen Regelungen als *lex specialis* vorgeht.²⁰² Die Frage ist jedoch umstritten und noch nicht abschließend geklärt.

d) Rechtsfolgen unzulässiger Klauseln

Überwiegend geht man davon aus, dass bei Verstößen gegen die Art. 100, 101, 199 OR eine geltungserhaltende Reduktion stattzufinden hat.²⁰³ Eine Klausel, die entgegen Art. 100 Abs. 1 OR die Haftung für „jedes Verschulden“ ausschließt, soll hier-

¹⁹⁶ Hierzu ausführlich *Wiegand* (Fn. 187), Art. 100 Rn. 8 ff.

¹⁹⁷ *Stockar*, Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, 1971, S. 19 ff.

¹⁹⁸ *Wiegand* (Fn. 187), Art. 100 Rn. 6 m.w.N.

¹⁹⁹ *Wiegand* (Fn. 187), Art. 100 Rn. 6.

²⁰⁰ BGE 124 III 155, 165; von Art. 100 OR ausgehend BGE 88 II 430, 434 ff.

²⁰¹ Laut *Koller* (Fn. 178), § 60 Rn. 34, ist der Anwendungsbereich der Regelung auf Verschulden bei Vertragsschluss beschränkt.

²⁰² *Koller* (Fn. 178), § 60 Rn. 34; *Honsell*, Kurzkommentar Obligationenrecht, 2008, Art. 199 Rn. 1; *Kostkiewicz* (Fn. 187), Art. 199 Rn. 6; a.A. *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2012, Rn 24.11; *Müller-Chen*, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 184 – 318 OR, 2. Aufl. 2012, Art. 199 Rn. 11.

²⁰³ Explizit *Wiegand* (Fn. 187), Art. 100 Rn. 4; s. auch *Koller* (Fn. 178), § 60 Rn. 20 mit Nachweis der Gegenauffassung von *Schwenzer* (Fn. 202), Rn 24.08, 32.45. Für eine geltungserhaltende Reduktion wohl auch BGE 38 II 494, 499.

nach nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit keine Gültigkeit erlangen, im Übrigen aber wirksam sein.²⁰⁴

4. Resümee

In der Schweiz findet eine spezielle Inhaltskontrolle vorformulierter Vertragsbedingungen im unternehmerischen Rechtsverkehr praktisch nicht statt. Die für die Inhaltskontrolle von „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ konzipierte Regelung des Art. 8 UWG ist zwar jüngst verschärft worden. Bei dieser Gelegenheit wurde der Anwendungsbereich der Norm jedoch auf Verbraucherverträge beschränkt. Für den unternehmerischen Rechtsverkehr sind im Zusammenhang mit der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen daher letztlich allein die allgemeinen, auf vorformulierte Vertragsbedingungen und Individualvereinbarungen gleichermaßen anwendbaren Regelungen des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) zu beachten. Die auf dieser Grundlage gewährten Spielräume erweisen sich als vergleichsweise groß. Insbesondere kann die Haftung für Pflichtverletzungen von „Hilfspersonen“ grundsätzlich vollständig ausgeschlossen werden (Art. 101 Abs. 2 OR). Unzulässig ist hiernach im Wesentlichen allein der Ausschluss der Haftung für vorsätzliche oder grob fahrlässige Pflichtverletzungen von Organmitgliedern bzw. des einzelkaufmännischen Unternehmensinhabers selbst (Art. 100 Abs. 1 OR). Zusätzliche Spielräume resultieren daraus, dass eine geltungserhaltende Reduktion vorgenommen wird.

VII. Polen

1. Einführung

Für die Inhaltskontrolle von Verträgen des unternehmerischen Rechtsverkehrs sind im polnischen Recht primär die allgemeinen Regelungen der Art. 58 § 2, Art. 353¹ und Art. 473 § 2 des polnischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) einschlägig. Zwar existieren darüber hinaus in den Art. 384 ff. ZGB auch speziell auf „Vertragsmuster“ zugeschnittene Regelungen. Diese finden jedoch in erster Linie auf Verbraucherverträge Anwendung und haben für den Rechtsverkehr zwischen Unternehmen nur eine untergeordnete Bedeutung.

²⁰⁴ *Wiegand* (Fn. 187), Art. 100 Rn. 4. Wobei sich die Unwirksamkeit konsequenterweise auf den Haftungsausschluss für eigenes Verschulden beschränken und der Haftungsausschluss für das Verschulden und Hilfspersonen vollumfänglich wirksam sein müsste.

2. Allgemeine Regelungen

a) Generelle Grenzen der Vertragsfreiheit in Art. 58 § 2 und Art. 353¹ ZGB

Art. 353¹ ZGB betont, dass die Parteien ihre Rechtsverhältnisse grundsätzlich nach ihrem freien Willen gestalten können. Von dem auf diese Weise konstituierten Grundsatz der Vertragsfreiheit werden auch die Vereinbarungen von Haftungsausschlüssen und Haftungsbeschränkungen erfasst.²⁰⁵ Generelle Grenzen der Vertragsfreiheit folgen jedoch aus Art. 58 § 2 ZGB sowie auch aus Art. 353¹ ZGB selbst, die jeweils besagen, dass Rechtsgeschäfte nicht den Grundsätzen des „gesellschaftlichen Zusammenlebens“ widersprechen dürfen.²⁰⁶ Beide Regelungen greifen unabhängig davon ein, ob die vertragliche Vereinbarung Bestandteil vorformulierter Klauseln ist oder individuell ausgehandelt wurde. Gleichwohl besteht in der Rechtsprechung die Tendenz, bei der Inhaltskontrolle strengere Maßstäbe anzulegen, wenn eine Vereinbarung vorformuliert wurde.²⁰⁷

Welche inhaltlichen Vorgaben aus den Grundsätzen des „gesellschaftlichen Zusammenlebens“ für die Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen folgen, lässt sich schwer abschätzen. Einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung existiert kaum. Bekannt ist lediglich ein Urteil aus dem Jahr 1972, indem der Oberste Gerichtshof (OGH) entschieden hat, dass der Ausschluss der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit im Einzelfall gegen Art. 58 § 2 ZGB verstoßen und damit unwirksam sein kann.²⁰⁸ Im Zusammenhang mit Art. 353¹ ZGB ist anerkannt, dass ein Verhandlungsungleichgewicht der am Vertragsschluss Beteiligten einen Verstoß begründen

²⁰⁵ Siehe auch Urteil des Obersten Gerichts vom 27.06.2003, IV CKN 300/01; *Rzetecka-Gil*, Komentarz do art. 473 kodeksu cywilnego, Nb. 1; *Superson-Polowiec*, Ustawowe ograniczenia swobody kształtowania umownych klauzul ograniczających odpowiedzialność odszkodowawczą in: Gnela, Ustawowe ograniczenia swobody umów, Wolters Kluwer 2010.

²⁰⁶ Ausführlich *Trzaskowski*, Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353 (1) K.C., *Zakamycze* 2005, 391 ff.; *Machnikowski*, Swoboda umów według art. 353 (1) KC. Konstrukcja prawna, C.H. Beck 2005, 252 ff. Zum Verhältnis zwischen den Prinzipien des gesellschaftlichen Zusammenlebens und den guten Sitten siehe IV.2.b.

²⁰⁷ Beschluss des OGH, III CZP 15/91, OSNCP 1992 Nr 1, Pos. 1, OSP 1992 Nr 2, Pos. 32; auch Beschluss des OGH, III CZP 50/92; s. auch *Pfeiffer* in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, 2013, 6. Auflage, Einl. Rn. 80 Fn. 189.

²⁰⁸ Urteil des OGH II CR 72/71 vom 17.2.1972, LEX Nr. 7062.

kann.²⁰⁹ Auch wenn ein solches Ungleichgewicht eher bei Verbraucherverträgen vermutet wird,²¹⁰ kommt es auch zwischen Unternehmen in Betracht.²¹¹

b) Verbot des Haftungsausschlusses bei vorsätzlich zugefügtem Schaden (Art. 473 § 2 ZGB)

Eine speziell auf Haftungsbeschränkungen zugeschnittene Grenze der Vertragsfreiheit findet sich in Art. 473 § 2 ZGB, der es verbietet, die Verantwortung für vorsätzlich zugefügte Schäden auszuschließen. Die Regelung erfasst auch die Haftung wegen vorsätzlichen Handelns von Erfüllungsgehilfen.²¹²

c) Folgen unzulässiger Haftungsbeschränkungen

Gemäß Art. 58 § 1 ZBO ist ein Rechtsgeschäft, das dem Gesetz widerspricht, nichtig. Art. 58 § 3 ZGB ordnet jedoch an, dass die Unwirksamkeit einer einzelnen Klausel im Zweifel nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führt. Ob darüber hinaus eine geltungserhaltende Reduktion einzelner Regelungen stattfindet, ist nicht ganz klar. Zumindest für unangemessen hohe Vertragszinsen hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit eine solche Reduktion vorgenommen.²¹³

d) Summenmäßige Haftungsbeschränkungen

Explizite Aussagen zur Zulässigkeit summenmäßiger Haftungsbeschränkungen finden sich im polnischen Recht nicht. Ebenso existiert diesbezüglich soweit ersichtlich keine höchstrichterliche Rechtsprechung. Gewisse Rückschlüsse lassen sich jedoch aus den Regelungen des Art. 484 § 1 S. 2 ZGB zu Vertragsstrafen und Art. 394 § 1 ZGB zur Draufgabe ziehen.

²⁰⁹ Urteil des OGH IV CSK 658/12 vom 23.5.2013, LEX Nr. 1365724; Urteil des OGH IV CSK 478/07 vom 18.3.2008, LEX Nr. 371531; Urteil des OGH I CR 602/74 vom 12.11.1974, OSP 1976/7-8/143.

²¹⁰ Vgl. *Safjan*, Komentarz do art. 353 (1) (in:) Pietrzykowski (Hrsg.), Kodeks cywilny, Komentarz do artykułów 1-449, Band I, C.H. Beck 2009, Nb. 19; *Hartacz*, Die Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Handelsverkehr zwischen Deutschland und Polen nach dem Beitritt Polens zur Europäischen Union, JWV 2012, 205.

²¹¹ *Trzaskowski*, Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353 (1) K.C., Zakamycze 2005, 458 f.

²¹² Urteil des Berufungsgerichts in Danzig I ACr 822/96 vom 25.10.1996, OSA 1997, Nr. 10, Pos. 58.

²¹³ Urteil des OGH II CR 72/71 vom 17.2.1972, LEX Nr. 7062. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass Art. 359 § 2² ZGB die geltungserhaltende Reduktion für Zinsen gesetzlich vorschreibt und es daher des im Urteil vorgenommenen Rückgriffs auf Art. 58 § 3 ZGB nicht bedurft hätte.

Art. 484 § 1 S. 2 ZGB bestimmt, dass wenn für den Fall der Nichterfüllung oder Schlechterfüllung eine Vertragsstrafe vereinbart wurde, es dem Gläubiger verwehrt ist, einen über die Vertragsstrafe hinausgehenden Schaden geltend zu machen. Zwar lässt die Regelung eine abweichende Vereinbarung ausdrücklich zu (Art. 484 § 1 S. 2 a.E. ZGB). Doch lässt sich ihr die Wertung entnehmen, dass summenmäßige Haftungsbeschränkungen – jedenfalls in Form von Vertragsstrafen – zulässig sind. Abweichendes soll wegen Art. 473 § 2 ZGB nur gelten, wenn der Schuldner vorsätzlich handelte. In diesem Fall kann der Gläubiger auch einen über die Vertragsstrafe hinausgehenden Schadensersatz verlangen.²¹⁴

Eine ähnliche Wertung enthält Art. 394 § 1 ZGB für die Vereinbarung von Draufgaben. Kommt es zum Rücktritt wegen Nichterfüllung, kann der Gläubiger (verschuldensabhängig und ohne Nachweis des konkreten Schadens) den doppelten Betrag der Draufgabe verlangen. Im Gegenzug ist es ihm jedoch verwehrt, einen weitergehenden Schadensersatz geltend zu machen.²¹⁵

3. Inhaltskontrolle von Vertragsmustern (Art. 384 ff. ZGB)

Die Art. 384 ff. ZGB enthalten Sonderregelungen für vertragliche Bedingungen, die in „Vertragsmustern“ enthalten sind. Eine gesetzliche Definition des Begriffs des „Vertragsmusters“ findet sich nicht. Art. 384 § 1 ZGB nennt als Anwendungsfälle lediglich beispielhaft „allgemeine Vertragsbedingungen, Musterverträge und Reglements.“ Nach einer Einschätzung in der Literatur soll der polnische Begriff des Vertragsmusters hiernach im Wesentlichen dem Begriff der deutschen allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechen.²¹⁶

a) Unanwendbarkeit der Regelung über die Inhaltskontrolle auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr

Die Art. 384 ff. ZGB sehen sowohl eine Inhaltskontrolle auf Grundlage einer Generalklausel (Art. 385¹ § 1 ZGB: Maßstab der guten Sitten) als auch konkrete Klauselverbote (Artikel 385³ Nr. 1 – 23 ZGB) vor. Der Anwendungsbereich der genannten Re-

²¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 11 stycznia 2008 r.V CSK 362/07 (Urteil des OGH vom 11. Jan. 2008).

²¹⁵ Weitergehender Schadensersatz kann jedoch verlangt werden, sofern der Gläubiger nicht von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht (Beschluss des OGH III CZP 39/09 vom 25. Juni 2009, OSNC 2010, Nr. 2, Pos. 25).

²¹⁶ Vgl. Pfeiffer (Fn. 207), Einl. Rn. 79.

gelung ist jedoch ausdrücklich auf Verbraucherverträge beschränkt. Eine entsprechende Anwendung der Regelung auf den unternehmerischen Rechtsverkehr wird vereinzelt diskutiert,²¹⁷ ist aber von der Rechtsprechung bisher nicht in Betracht gezogen worden.²¹⁸

b) Ausnahme für Versicherungsverträge

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Nichtanwendung der zuvor beschriebenen Inhaltskontrolle gilt gemäß Art. 805 § 4 ZGB für Versicherungsverträge. Unter der Voraussetzung, dass es sich bei dem Versicherungsnehmer um eine natürliche Person handelt, findet eine Inhaltskontrolle auf Grundlage der Art. 385¹ - 385³ ZGB auch dann statt, wenn dieser den Vertrag als Unternehmer abschließt.

c) Einbeziehungskontrolle als „indirekte Inhaltskontrolle“?

Auch auf den unternehmerischen Rechtsverkehr anwendbar ist die Regelung des Art. 384 § 1 ZGB, wonach allgemeine Geschäftsbedingungen nur dann Vertragsbestandteil werden, wenn sie der Gegenseite beim Vertragsschluss ausgehändigt worden sind.²¹⁹ Ob sich hierauf eine indirekte Inhaltskontrolle stützen lässt,²²⁰ erscheint jedoch zweifelhaft. Letztlich kann der Verwender der Bedingungen deren Wirksamkeit ohne Weiteres dadurch sicherstellen, dass er die Gegenseite ausdrücklich auf die Klauseln hinweist.

4. Resümee

Bei der Beurteilung des polnischen Rechts fällt auf, dass nur äußerst wenig Rechtsprechung existiert, die sich mit der Inhaltskontrolle von Haftungsausschlüssen oder Haftungsbeschränkungen befasst. Das überrascht insoweit, als umgekehrt die Inhaltskontrolle von Haftungserweiterungen (insbesondere in Form von Vertragsstra-

²¹⁷ Zoll, Komentarz do art. 109 (in:) Zoll (Hrg.), Prawo bankowe. Komentarz, Zakamycze 2005, nb. 42; Pecyna, Kontrola wzorców umownych poza obrotem konsumenckim, Zakamycze 2002, 133 ff.

²¹⁸ Im Gegenteil existieren Entscheidungen, die aus der Beschränkung des Anwendungsbereichs der Klauselverbote auf Verbraucherverträge im Umkehrschluss auf die Zulässigkeit entsprechender Klauseln im unternehmerischen Rechtsverkehr schließen (exemplarisch Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 25 lipca 2013 r. II CSK 191/13).

²¹⁹ Siehe Pecyna, Kontrola wzorców umownych poza obrotem konsumenckim, Zakamycze 2002, 88 ff.

²²⁰ So im Ansatz *Harłacz*, Die Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Handelsverkehr zwischen Deutschland und Polen nach dem Beitritt Polens zur Europäischen Union, JWV 2012, 205.

fen) durchaus häufig Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen ist.²²¹ Eine Rolle mag hierbei spielen, dass das polnische Recht die Zulässigkeit summenmäßiger Haftungsbeschränkungen implizit anerkennt (insbesondere Art. 484 § 1 S. 2 ZGB). Hinzu kommt der ausdrücklich auf Verbraucherverträge beschränkte Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle so genannter Vertragsmuster. Im Ergebnis ist zu konstatieren, dass das polnische Recht Unternehmen bei der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen erhebliche Spielräume einräumt und die Gerichte bei deren Inhaltskontrolle große Zurückhaltung walten lassen.

VIII. Zusammenfassung

Obleich sämtliche der untersuchten ausländischen Rechtsordnungen der Vertragsfreiheit auch im unternehmerischen Rechtsverkehr gewisse Schranken setzen, sind die den Parteien bei der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen gewährten Gestaltungsspielräume insgesamt deutlich größer als auf Grundlage des deutschen Rechts. Summenmäßige Haftungsbeschränkungen, die die Pflicht zum Ersatz des vertragstypischen Schadens betreffen und in Deutschland als nicht mit den §§ 307 ff. BGB vereinbar erachtet werden, sind im ausländischen Recht (auch in vorformulierten Vertragsbedingungen) möglich. Ebenso erlauben viele der untersuchten ausländischen Rechtsordnungen, die Haftung für einfache Fahrlässigkeit vollständig und die Haftung für grobe Fahrlässigkeit zumindest teilweise auszuschließen. Beziehen deutsche Unternehmen grenzüberschreitend Leistungen, können die Unterschiede dazu führen, dass das Unternehmen gegenüber seinem Kunden in eine „Haftungsfall“ gerät.²²²

Der wohl wichtigste konzeptionelle Unterschied zwischen dem deutschen Recht und den meisten der untersuchten ausländischen Rechtsordnungen besteht darin, dass Letztere im Rahmen der Inhaltskontrolle überwiegend teleologische Gesichtspunkte berücksichtigen. Bedeutung hat hierbei vor allem der Aspekt des wirtschaftli-

²²¹ Siehe u.a. Urteil des OGH V CSK 362/07 vom 11.1.2008, OSP 2012/7-8/76; Urteil des OGH I CSK 748/12 vom 27.9.2013, OSNC 2014/6/67; Urteil des OGH I CSK 484/06 vom 25.5.2007, OSNC-ZD 2008/2/34; Urteil des OGH I CSK 315/10 vom 28.1.2011, LEX Nr. 784898.

²²² Siehe zu diesem Zusammenhang oben unter E.I.

chen Machtgefälles.²²³ Soweit die Parteien beim Vertragsschluss über annähernd gleiche Verhandlungsmacht verfügen, wird meist von einer richterlichen Korrektur des Vertragsinhalts abgesehen. Demgegenüber spielen vergleichbare Erwägungen in der Rechtsprechung des BGH weder bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs der §§ 305 ff. BGB noch bei der Inhaltskontrolle selbst eine nennenswerte Rolle. Wurde eine Klausel nicht „ausgehandelt“ i. S. des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB, greifen die strengen Mechanismen der Inhaltskontrolle, ohne dass es eine Rolle spielt, weshalb sich Parteien entsprechend verhalten haben. Die starre Handhabung der Inhaltskontrolle unter Ausklammerung teleologischer Elemente führt zwar im Ergebnis dazu, dass das deutsche Recht im Vergleich zu den ausländischen Rechtsordnungen ein größeres Maß an Rechtssicherheit bietet. Als Qualitätsmerkmal wird man diesen Befund aber kaum werten können.

Ein weiterer höchst praxisrelevanter Unterschied besteht darin, dass anders als in Deutschland in den meisten der untersuchten Rechtsordnungen eine geltungserhaltende Reduktion zumindest möglich ist. Haftungsbeschränkungen, deren (abstrakte) Reichweite unangemessen ist, können hiernach gleichwohl Wirkung entfalten, wenn die Beschränkung im konkreten Fall angemessen ist. Demgegenüber führt auf Grundlage der §§ 305 ff. BGB die unangemessene Reichweite einer Haftungsbeschränkung auch dann zur Unwirksamkeit der Klausel, wenn der Haftungsausschluss im konkreten Fall gar nicht unangemessen wäre.

Die Untersuchung hat schließlich gezeigt, dass die ausländischen Rechtsordnungen bei der Inhaltskontrolle gar nicht oder nur in sehr geringem Umfang zwischen vorformulierten Vertragsbedingungen und Individualvereinbarungen unterscheiden. Dieser auf den ersten Blick fundamentale Unterschied erweist sich bei näherer Betrachtung jedoch als wenig ergebnisrelevant. Wegen der hohen Anforderungen der deutschen Rechtsprechung an das Vorliegen einer Individualvereinbarung, spielen diese in der Praxis kaum eine Rolle. Die Inhaltskontrolle auf Grundlage der §§ 307 ff. BGB ist daher auch in Deutschland nicht die Ausnahme, sondern die Regel.

²²³ Im deutschen Recht geht die herrschende Meinung davon aus, dass die §§ 305 ff. BGB zumindest primär nicht dem Schutz vor wirtschaftlicher Unterlegenheit dienen (ausführlich *Leuschner*, JZ 2010, 875, 877; vgl. auch *Pfeiffer* (Fn. 207), Einl. Rn. 15).

F. Empirische Untersuchung

I. Einführung

Die durch die Auswertung von Rechtsprechung und juristischer Literatur eröffneten Erkenntnismöglichkeiten sind begrenzt. Weil ein erheblicher Teil der Streitigkeiten im unternehmerischen Rechtsverkehr nicht vor staatlichen Gerichten, sondern vor Schiedsgerichten ausgetragen wird, welche ihre Schiedssprüche überwiegend nicht veröffentlichen, fehlt es an einer geeigneten Datengrundlage, um das Konfliktpotenzial der §§ 305 ff. BGB beurteilen zu können. Ebenso lassen die genannten Quellen nur sehr begrenzte Rückschlüsse auf die unternehmerische Vertragsabschlusspraxis zu. Das gilt insbesondere für die Frage, in welchem Umfang in der Praxis Haftungsbeschränkungen tatsächlich verwandt werden und inwieweit hierbei der Einfluss der §§ 305 ff. BGB eine Rolle spielt.

Um die Datengrundlage für die Ermittlung eines möglichen Reformbedarfs zu vergrößern, wurde daher im Wege der rechtstatsächlichen Forschung eine neue Datengrundlage (Primärdaten) geschaffen, die optimal auf die vorliegend interessierende Fragestellung zugeschnitten ist. Im Einzelnen wurden hierzu zwei voneinander unabhängige Datenerhebungen durchgeführt: Eine Befragung von Personen, die als Schiedsrichter oder Parteivertreter an Schiedsverfahren beteiligt sind, zur Bedeutung der AGB-Kontrolle in Schiedsverfahren (Umfrage 1) und eine Befragung von Mitarbeitern von Unternehmen, die in der Praxis mit Vertragsschlüssen betraut sind, zur Vertragsabschlusspraxis von Unternehmen (Umfrage 2).

II. Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit (Umfrage 1)

1. Methodisches Vorgehen

a) Anlage der Untersuchung als Expertenbefragung

Da die Schiedssprüche von Schiedsgerichten überwiegend nicht veröffentlicht werden, stellt die Befragung der an Schiedsverfahren Beteiligten im Sinne einer Expertenbefragung¹ die naheliegendste Möglichkeit dar, um zu ermitteln, welche Rolle die AGB-Kontrolle im Rahmen von Schiedsverfahren spielt. Als zu befragende Experten

¹ Ausführlich zum Instrument der Expertenbefragung *Pfadenhauer* in: Buber/Holzmüller (Hrsg.), Qualitative Marktforschung: Konzepte, Methoden, Analysen, 2. Aufl. 2009, S. 449 ff.

bieten sich hierbei neben Schiedsrichtern auch die in Schiedsverfahren auftretenden Parteivertreter an, zumal Schiedsgerichte häufig (auch) aus anwaltlichen Schiedsrichtern bestehen.

b) Geschlossener Online-Fragebogen als Umfragemittel

Aus forschungsökonomischen Gründen wurde die Befragung der Experten der Schiedsgerichtsbarkeit in schriftlicher Form auf Grundlage eines Online-Fragebogens durchgeführt. Eine persönliche Befragung schied angesichts der anvisierten Größe der Stichprobe unter Kostengesichtspunkten aus. Die Größe der Stichprobe war auch ausschlaggebend für die Entscheidung, einen geschlossenen Fragebogen zu verwenden, bei dem die Antwortalternativen vorgegeben sind.² Die Nutzung eines offenen Fragebogens, bei dem die Befragten ihre Antworten frei formulieren können, hätte demgegenüber die Vergleichbarkeit der Ergebnisse erheblich erschwert und einen unverhältnismäßig hohen Aufwand bei der Auswertung erfordert.³ Zudem lassen sich mit offenen Fragebögen erfahrungsgemäß nur deutlich geringere Rücklaufquoten erzielen.⁴ Dem mit geschlossenen Fragebögen verbundenen Nachteil, dass diese maßgeblich auf dem Bezugssystem des Erstellers beruhen und hiernach gegebenenfalls Gesichtspunkte ansprechen, zu denen sich die Befragten keine Meinung gebildet haben, kann durch neutrale Antwortoptionen („Kann ich nicht beurteilen“) Rechnung getragen werden.⁵ Umgekehrt lässt sich eine übermäßige Verengung des Bezugssystems dadurch vermeiden, dass in die Erstellung des Fragebogens die Erkenntnisse einer Gruppendiskussion einfließen, an der die Experten beteiligt werden.⁶

Die Entscheidung für eine internetgestützte Befragung (Online-Fragebogen) basiert auf mehreren Gründen. Zunächst birgt die alternativ in Betracht kommende postalische Befragung mithilfe eines Papierfragebogens bei der Auswertung ein gewisses Fehlerpotential⁷ und ist auch unter Kostengesichtspunkten einem Online-

² Zu den Strukturtypen der „offenen“ bzw. „geschlossen“ Umfrage *Schnell/Hill/Esser*, Methoden der empirischen Sozialforschung, 10. Aufl. 2013, S. 322 ff.

³ *Schnell/Hill/Esser* (Fn. 2), S. 325.

⁴ *Porst*, Fragebogen, 4. Aufl. 2014, S. 57.

⁵ *Kuß*, Marktforschung: Grundlagen der Datenerhebung und Datenanalyse, 5. Aufl. 2014, S. 87.

⁶ *Schulz* in: Schulz/Mack/Renn (Hrsg.), Fokusgruppen in der empirischen Sozialwissenschaft, 2012, S. 9 ff. Näher zur eingesetzten Fokusgruppe sogleich unter c.

⁷ So stellt z.B. die spätere Codierung der Antworten durch den Forscher eine Fehlerquelle dar.

Fragebogen deutlich unterlegen. Darüber hinaus bietet der Online-Fragebogen eine Reihe von Vorteilen. Da der für die Rücksendung des Fragebogens erforderliche Aufwand entfällt, versprechen Online-Fragebögen tendenziell eine höhere Rücklaufquote als postalische Umfragen.⁸ Ferner lässt sich im Rahmen der Programmierung von Online-Fragebögen die Komplexität der Befragung dadurch reduzieren, dass Folgefragen, die im Einzelfall aufgrund der Vorantwort des Befragten nicht einschlägig sind (bedingte Fragefolgen), in diesem nicht erscheinen.⁹ Schließlich lässt sich mit Hilfe eines Online-Fragebogens die Anonymisierung der Antworten problemlos gewährleisten. Der verbreitet als Nachteil von Online-Erhebungen angeführte Aspekt der eingeschränkten Erreichbarkeit bestimmter Zielgruppen (z. B. Senioren und andere weniger internetaffine Gruppen),¹⁰ fällt mit Blick darauf, dass die meisten der Adressaten beruflich über das Internet kommunizieren, nicht übermäßig ins Gewicht.

c) Unterstützung durch Fokusgruppe (Gruppendiskussion)

Sowohl bei der Konzeption des Fragebogens als auch bei der Identifikation geeigneter Adressatengruppen wurde auf die Unterstützung einer aus Experten zusammengesetzten Fokusgruppe zurückgegriffen, die die folgenden Personen umfasste:¹¹

- Vorsitzender Richter am BGH Herr Wolfgang Ball, Bundesgerichtshof, VIII. Zivilsenat (Karlsruhe)¹²
- Rechtsanwältin Frau Dr. Antje Baumann, Corinius LLP (Hamburg), Mitgliedschaften in der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) und im Hamburg Arbitration Circle e.V.
- Rechtsanwältin Frau Ulrike Gantenberg, Heuking Kühn Lühr Wojtek (Düsseldorf), Vorstandsmitglied der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) und Mitglied des Ausschusses außergerichtlicher Konfliktbeilegung des Deutschen Anwaltvereins e.V. (DAV), Mitgliedschaft in der International Bar Association (IBA)

⁸ *Kuß* (Fn. 5), S. 69.

⁹ Die bedingten Fragefolgen des Fragebogens (siehe Abdruck der vollständigen Fragebögen in Teil H, Anlagen 1 und 2) sind an der Untergliederung mit kleinen Buchstaben zu erkennen.

¹⁰ *Kuß* (Fn. 5), S. 70.

¹¹ Zur Bedeutung von Fokusgruppen *Mayerhofer* in: Buber/Holzmüller (Hrsg.), *Qualitative Marktforschung: Konzepte, Methoden, Analysen*, 2. Aufl. 2009, S. 477 ff.

¹² Inzwischen im Ruhestand.

- Rechtsanwalt Herr Dr. Daniel Röder, Greenfort (Frankfurt), Mitgliedschaft in der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS), Richter am Hessischen Anwaltsgerichtshof und Wirtschaftsmediator
- Rechtsanwalt Herr Prof. Dr. Rolf Trittman, Freshfields Bruckhaus Deringer (Frankfurt), Mitglied des Internationalen Schiedsgerichtshofs der ICC in Paris, Vorsitzender des Beirats der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS), Mitherausgeber der Zeitung für Schiedsverfahren (SchiedsVZ)

Für die Auswahl der Beteiligten war maßgeblich, dass diese über erhebliche Erfahrung im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit verfügen. Eine Ausnahme bildet der Vor-RiBGH Herr Ball, der hinzugezogen wurde, um als Vertreter der staatlichen Gerichtsbarkeit die dortige Perspektive in die Diskussion einfließen zu lassen.

Die Unterstützung durch die Fokusgruppe erfolgte insbesondere in Form der Teilnahme ihrer Mitglieder an einer Gruppendiskussion, die unter Moderation des Autors am 19. November 2013 in Frankfurt am Main in den Räumen der Rechtsanwaltskanzlei Greenfort stattfand.¹³ Hauptgegenstand der Gruppendiskussion war die Konzeption und Ausgestaltung des Fragebogens. Zusätzlich wurde intensiv über den für die Umfrage maßgeblichen Adressatenkreis sowie die Methode der Versendung diskutiert. Im Nachgang zur Gruppendiskussion machten ferner einige Mitglieder der Fokusgruppe von der Möglichkeit Gebrauch, per E-Mail Anmerkungen zu dem auf Grundlage der Gruppendiskussion überarbeiteten Fragebogen zu machen.

2. Gestaltung des Fragebogens¹⁴

a) Vorgehensweise

Der für die Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit bestimmte Fragebogen wurde in einer ersten Entwurfsfassung bereits im Vorfeld der Gruppendiskussion am 19. November 2013 erstellt. Die Gruppendiskussion fand sodann auf Grundlage dieses Entwurfs statt (semi-strukturierte Gruppendiskussion).¹⁵ Die eingehende Erörterung einzelner Fragen und Antwortoptionen führte dazu, dass der Entwurf an ver-

¹³ Siehe Protokoll der Gruppendiskussion in Teil H, Anlage 3.

¹⁴ Siehe Abdruck des vollständigen Fragebogens in Teil H, Anlage 1.

¹⁵ Vgl. *Bohnsack/Przyborski* in: Buber/Holzmüller (Hrsg.), *Qualitative Marktforschung: Konzepte, Methoden, Analysen*, 2. Aufl. 2009, S. 501.

schiedenen Stellen modifiziert bzw. präzisiert wurde. Eine weitere Optimierung des Fragebogens erfolgte auf Grundlage der erwähnten Anmerkungen, die einige Mitglieder der Fokusgruppe zu der überarbeiteten Version des Fragebogens machten, welche im Anschluss an die Gruppendiskussion per E-Mail zirkuliert wurden.

b) Konzeptionelle Grundlagen

Die Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit ist nicht in erster Linie als Meinungsumfrage konzipiert, sondern zielt darauf, Erkenntnisse darüber zu erlangen, welche Rolle die §§ 305 ff. BGB in Schiedsverfahren spielen. Die deutlich überwiegende Anzahl der Fragen fordert die Befragten daher auf, die im Rahmen ihrer Tätigkeit gemachten Erfahrungen mitzuteilen, ohne diese zu bewerten. Eine Bewertung der §§ 305 ff. BGB und ihre Auswirkung auf die Schiedspraxis sowie den unternehmerischen Rechtsverkehr wird lediglich im letzten von fünf Teilen des Fragebogens verlangt.

c) Erläuterung der einzelnen Teile des Fragebogens

Der Fragebogen besteht insgesamt aus 20 Fragen und gliedert sich in die folgenden fünf Teile:

- Schiedserfahrung der Befragten (Teil A)
- Generelle Fragen zu den Schiedsverfahren (Teil B)
- Erfahrungen mit Rechtswahlklauseln (Teil C)
- Bedeutung der §§ 305 ff. BGB in Schiedsverfahren (Teil D)
- Bewertung der §§ 305 ff. BGB (Teil E)

Die Fragen in *Teil A* dienen dazu, Art und Umfang der Schiedserfahrung des jeweiligen Adressaten zu erfassen. Diese Angaben sind erforderlich, um die Stichprobe anschließend unter Berücksichtigung der individuellen Schiedserfahrung angemessen zuzuschneiden und ihre Struktur unter Berücksichtigung der für die Studie relevanten Kriterien beschreiben zu können.

Die Funktion der Fragen in *Teil B* besteht darin, allgemeine Informationen bezüglich der von den Adressaten betreuten Schiedsverfahren zu ermitteln, um diese später zur Interpretation der konkret die AGB-Kontrolle betreffenden Angaben heranziehen zu können.

Teil C befasst sich mit der Frage, ob bzw. in welchem Umfang die §§ 305 ff. BGB Auswirkung auf die Rechtswahl haben. Hierbei wurden die Befragten ausdrücklich dazu aufgefordert, die Fragen auch unter Berücksichtigung eventueller kautelarjuristischer Erfahrungen zu beantworten.

Bei *Teil D* handelt es sich um den Hauptteil des Fragebogens, in dem es darum geht herauszufinden, in welchem Umfang und in welchen Zusammenhängen die §§ 305 ff. BGB in Schiedsverfahren eine Rolle spielen. Ferner zielen die Fragen darauf zu ermitteln, inwieweit die Schiedsgerichte bei der Auslegung der Regelungen der Rechtsprechung des BGH folgen.

In *Teil E* werden die Befragten schließlich aufgefordert anzugeben, wie sie die Auswirkung der AGB-Kontrolle auf die Schiedspraxis im Besonderen sowie auf den unternehmerischen Rechtsverkehr im Allgemeinen bewerten.

3. Adressatenauswahl und Versand

a) Adressatenauswahl

Aufgrund der im Vorfeld zugesagten Kooperation der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) bestand die Möglichkeit, den Fragebogen an die Mitglieder der DIS zu versenden. Da die Mitgliederdatei der DIS mehr als 1.000 natürliche Personen umfasst, nach Auskunft der Mitglieder der Fokusgruppe aber nur ein vergleichsweise geringer Teil dieser Mitglieder regelmäßig in Schiedsverfahren involviert ist, wurde zunächst erwogen, bei der Adressatenauswahl eine Vorselektion anhand einer bestimmten Zahl von Schiedsverfahrensbeteiligungen vorzunehmen. Weil aber Unsicherheit darüber bestand, auf welche Anzahl von Beteiligungen hierbei abgestellt werden soll und zudem der DIS lediglich eine Selektion anhand der Beteiligungen als Schiedsrichter/in vornehmen konnte, wurde von dieser Idee nach eingehender Diskussion mit den Mitgliedern der Fokusgruppe abgesehen. Stattdessen wurde die Entscheidung getroffen, sämtliche DIS-Mitglieder¹⁶ anzuschreiben und die gebotene Selektion im Anschluss an die Erhebung der Stichprobe durchzuführen.

b) Versand und Rücklaufquote

Der Fragebogen wurde von der DIS am 31. März 2014 an 1.138 Mitglieder versandt. Um sicherzustellen, dass der Fragebogen nicht von einzelnen Adressaten mehrfach

¹⁶ Ausgenommen wurden Mitglieder, bei denen es sich nicht um natürliche Personen handelt.

beantwortet werden kann, wurden der DIS in ausreichender Zahl individualisierte Links zur Verfügung gestellt, die nur die einmalige Teilnahme der Adressaten an der Befragung ermöglichen.

Insgesamt gingen bis zum 28. April 2014 193 Rückläufe ein. Das entspricht einer Rücklaufquote von knapp 17 %. Dabei ist zu vermuten, dass ein nicht unerheblicher Teil der Adressaten von einer Teilnahme an der Befragung deshalb abgesehen hat, weil er bzw. sie über zu geringe Schiedserfahrung verfügt.

4. Ergebnisse und Bewertung

a) Zuschnitt der Stichprobe und Schiedserfahrung der Befragten

Bei der Auswertung wurden 190 der insgesamt 193 rückläufigen Fragebögen berücksichtigt. Zwei Fragebögen blieben unberücksichtigt, weil die Adressaten angaben, an keinem Schiedsverfahren beteiligt gewesen zu sein. Ein weiterer Fragebogen wurde aus Gründen mangelnder Plausibilität aussortiert.¹⁷

Die verbleibenden Befragten sind im Durchschnitt an 14,18 Schiedsverfahren beteiligt gewesen (*Frage 1*). Berichtet wird demnach in der Summe von einer Schiedserfahrung aus insgesamt 2.694 Verfahren. Dabei ist allerdings zu beachten, dass einzelne Verfahren mehrfach (durch unterschiedliche Befragte) berücksichtigt sein können, da in einem einzelnen Verfahren häufig eine Vielzahl Beteiligter auftritt. In durchschnittlich 38 % der Verfahren übten die Beteiligten die Rolle eines Schiedsrichters bzw. einer Schiedsrichterin aus (*Frage 2*). An den übrigen Verfahren waren sie demnach als Parteivertreter beteiligt.

Bei der Schiedserfahrung der Befragten zeigt sich eine erhebliche Streuung. Während eine Vielzahl über eher geringe Schiedserfahrung verfügt, war eine vergleichsweise kleine Gruppe an sehr vielen Verfahren beteiligt. Diese Beobachtung deckt sich mit den Erfahrungsberichten aus dem Fokusgruppentreffen am 19. November 2013, in dem ebenfalls berichtet wurde, dass die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit durch die Beteiligung einer vergleichsweise kleinen Gruppe von Experten geprägt ist.

Als Konsequenz aus dem Vorgesagten wurde für die Auswertung primär auf

¹⁷ Der/die Befragte gab u.a. an, an 50 Schiedsverfahren beteiligt gewesen zu sein (*Frage 1*) und in allen dieser Schiedsverfahren sei die AGB-Einrede erhoben worden (*Frage 9*).

eine aus dem obersten Quartil¹⁸ gebildete Gruppe von Befragten mit einer besonders hohen Schiedserfahrung abgestellt. Es handelt sich insoweit um 54 Befragte (28 % der Stichprobe), deren Schiedserfahrung mit 25 Verfahren (Median) deutlich über der Schiedserfahrung der übrigen 136 Befragten (72 % der Befragten) liegt, welche lediglich auf 6,5 Verfahren (Median) kommen.¹⁹ Die in der nachfolgenden Auswertung angegebenen Werte beziehen sich daher auf die 54 Befragten mit der höchsten Schiedserfahrung, die im Folgenden mit „Experten“ bezeichnet werden. Die Werte der Gesamtstichprobe (190 Befragte) werden stets nur in Klammern angegeben.

b) Allgemeine Angaben zu den Schiedsverfahren

Durchschnittlich 66 % (61 %) der von den Experten durchgeführten Verfahren betreffen grenzüberschreitende Sachverhalte, d.h. Verfahren, bei denen mindestens ein Vertragspartner seinen Sitz im Ausland hatte bzw. der Vertragsgegenstand Auslandsbezug aufwies (*Frage 3*). In durchschnittlich 66 % (70 %) der Verfahren fand als materielles Recht deutsches Recht Anwendung (*Frage 4*).

Befragt nach den drei Vertragstypen bzw. Rechtsgebieten, die am häufigsten Gegenstand der Schiedsverfahren waren (*Frage 5*), nannten 66 % (51 %) Bau- und Anlagenbauverträge, 62 % (47 %) Unternehmenskaufverträge und 53 % (39 %) Vertriebsverträge. Es folgen Gesellschaftsverträge mit 28 % (31 %), Kaufverträge über Investitionsgüter mit 26 % (20 %) und Lizenzverträge mit 15 % (11 %). Die Experten gaben weiter an, dass durchschnittlich 64 % (59 %) der streitgegenständlichen Sachverhalte Verträge mit einem Volumen von über 2 Mio. € betrafen (*Frage 6*). Lediglich durchschnittlich 11 % (16 %) der Verfahren betrafen Verträge mit einem Wert von maximal 500.000 €.

c) Erfahrungen mit Rechtswahlklauseln

Mit Blick auf die Fragen zur Erfahrung mit Rechtswahlklauseln ist zu berücksichtigen, dass sich diese nicht auf die Schiedsverfahren beschränken, an denen die Befragten beteiligt waren. Die Befragten wurden vielmehr ausdrücklich darum gebeten, die Fragen auch unter Berücksichtigung ihrer gegebenenfalls vorhandenen kautelarjuristischen Erfahrungen zu beantworten.

¹⁸ Ausführlich zum Zuschnitt der Stichprobe unten unter IV.2.a.

¹⁹ Keine signifikante Abweichung zwischen den Gruppen der ersten drei und des vierten Quartils besteht hinsichtlich der Quote von Verfahren, an denen sie als Schiedsrichter bzw. Schiedsrichterin beteiligt waren (38,5 % gegenüber 39,5 %, *Frage 2*).

26 % (29 %) der Experten gaben an, dass es ihrer Erfahrung nach nie vorkommt, dass für rein inländische Sachverhalte ausländisches Recht (als materielles Recht) gewählt wird (*Frage 7*). Nach Angaben von 39 % (39 %) der Experten kommt eine solche Rechtswahl selten, nach Angaben von 35 % (29 %) gelegentlich vor. Befragt nach den beiden im Fall einer solchen Rechtswahl am häufigsten gewählten Rechtsordnungen (*Frage 7a*), nannten 83 % (79 %)²⁰ das Schweizer Recht und 45 % (50 %) das Englische Recht. Andere Rechtsordnungen spielen keine vergleichbare Rolle.

Befragt nach einer Rechtswahl deutschen Rechts unter Ausschluss der §§ 305 ff. BGB (*Frage 8*) gaben 70 % (75 %) an, dies noch nie erlebt zu haben. 19 % (13 %) haben eine solche Rechtswahl selten, 6 % (6 %) gelegentlich erlebt.

d) Bedeutung der §§ 305 ff. BGB in den Schiedsverfahren

In durchschnittlich 20 % (25 %) der Verfahren wurde die Wirksamkeit einer oder mehrerer vertraglicher Regelungen unter Hinweis auf die §§ 305 ff. BGB infrage gestellt (AGB-Einrede, *Frage 9*). Dabei bezieht sich die Quote allerdings auf sämtliche Verfahren, d.h. auch auf diejenigen, in denen kein deutsches Recht Anwendung fand. Berücksichtigt man, dass die AGB-Einrede sinnvollerweise nur in Betracht kommt, wenn deutsches Recht Anwendung findet²¹ und unterstellt man, dass die von den Experten berichteten Fälle, in denen die AGB-Einrede erhoben wurde, allein diese Verfahren betrafen,²² gelangt man zu einer höheren Quote: In 31 % (35 %) der Verfahren, in denen deutsches Recht zur Anwendung kam, wurde die AGB-Einrede erhoben.

Befragt nach den drei vertraglichen Regelungen, die von der AGB-Einrede am häufigsten betroffen waren (*Frage 9a*), dominieren Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse mit 96 % (82 %) sowie Schadenspauschalierungen und Vertragsstrafen mit 64 % (48 %). Mit erheblichem Abstand folgen der Ausschluss bzw. die Beschränkung von Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten (24 % (19 %)),

²⁰ Nicht bezogen auf alle Befragten, sondern nur diejenigen 74,1 % (69,9 %) der Befragten, die angegeben hatten, dass entsprechende Rechtswahlkausaln ihrer Erfahrung nach zumindest selten vorkommen (*Frage 7*).

²¹ Siehe Angaben zu *Frage 4*.

²² Ausgeblendet wird insoweit die denkbare Möglichkeit, sich trotz Unanwendbarkeit des deutschen Rechts auf die §§ 305 ff. BGB als Teil des Ordre public zu berufen (vgl. § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO). Ausführlich dazu *Pfeiffer*, NJW 2012, 1169, 1171 ff.

Rücktritts- und Kündigungsrechte (22 % (21 %)), Haftungserweiterungen (18 % (12 %)) und die Verlängerung bzw. Verkürzung von Fristen (16 % (10 %)).

Die Experten gaben an, dass die Erhebung der AGB-Einrede in durchschnittlich 35 % (44 %) der Fälle Einfluss auf das Ergebnis des Schiedsverfahrens hatte (*Frage 9b*). In durchschnittlich 58 % (61 %) der Fälle habe das Gericht die Qualifikation der angegriffenen Regelung als allgemeine Geschäftsbedingung ernsthaft in Erwägung gezogen (*Frage 9c*).

Befragt danach, welche Umstände erfahrungsgemäß dazu führen, dass Schiedsgerichte Haftungsbeschränkungen als Individualvereinbarungen qualifizieren (*Frage 9d*), gaben 76 % (62 %) der Experten intensive Vertragsverhandlungen, 69 % (60 %) die textliche Änderung der Haftungsbeschränkungsklausel im Vergleich zum Erstentwurf und 56 % (49 %) intensive Verhandlungen über die Modalitäten der Haftungsbeschränkung an. Die Berücksichtigung der Haftungsbeschränkung bei der Preisgestaltung wurde demgegenüber lediglich von 27 % (20 %), die Bereitschaft des durch die Haftungsbeschränkungsklausel Begünstigten, auf die Haftungsbeschränkung zu verzichten, lediglich von 11 % (9 %) genannt.

Der Aussage, dass die Schiedsgerichte der Rechtsprechung des BGH folgen, wonach die Haftung für die Verletzung von Kardinalpflichten in AGB grundsätzlich nicht beschränkt werden kann, stimmten 62 % (56 %) voll oder eher zu (*Frage 9e*). Lediglich 9 % (9 %) waren der Meinung, die Aussage treffe eher nicht zu. Weiter stimmten 49 % (46 %) voll oder eher der Aussage zu, dass die Schiedsgerichte bei der Inhaltskontrolle von AGB den Klauselverboten der §§ 308, 309 BGB für den unternehmerischen Geschäftsverkehr Indizwirkung zuweisen (*Frage 9f*). 20 % (17 %) waren der Meinung, die Aussage stimme eher nicht oder überhaupt nicht.

e) Bewertung der §§ 305 ff. BGB

Lediglich 9 % (16 %) stimmen der Aussage voll oder zumindest eher zu, die §§ 305 ff. BGB bewirkten in den vor Schiedsgerichten ausgetragenen Streitigkeiten einen sinnvollen Schutz vor unangemessenen Benachteiligungen (*Frage 10*). 69 % (52 %) stimmen der Aussage eher nicht oder überhaupt nicht zu.

Der Aussage, die Vorhersehbarkeit des Ergebnisses streitiger Auseinandersetzung vor Schiedsgerichten werde durch die §§ 305 ff. BGB eingeschränkt, stimmen 46 % (44 %) voll oder eher zu (*Frage 11*). 28 % (27 %) sind der Auffassung, die Aussage treffe eher nicht oder überhaupt nicht zu.

37 % (26 %) stimmen voll oder zumindest eher der Aussage zu, die Erhebung der AGB-Einrede im Rahmen von Schiedsverfahren erhöhe vielfach deren Kosten und Dauer, obwohl sie ohne Einfluss auf die rechtliche Bewertung bleibt (*Frage 12*). Demgegenüber waren 37 % (38 %) der Auffassung, die Aussage treffe eher nicht oder überhaupt nicht zu.

Der Aussage, die §§ 305 ff. BGB schränken die Vertragsfreiheit von Unternehmen unangemessen ein, stimmen 76 % (63 %) voll oder eher zu (*Frage 13*). Lediglich 9 % (18 %) stimmen der Aussage eher nicht oder überhaupt nicht zu.

Schließlich stimmen 65 % (55 %) der Aussage zu, dass die §§ 305 ff. BGB Parteien bei grenzüberschreitenden Verträgen davon abhalten, als materielles Recht deutsches Recht zu wählen (*Frage 14*). Eher nicht oder überhaupt nicht stimmen der Aussage 9 % (17 %) zu.

f) Wesentliche Erkenntnisse

Die Ergebnisse der Studie belegen, dass die §§ 305 ff. BGB im Rahmen von zwischen Unternehmen geführten Schiedsverfahren eine erhebliche Rolle spielen. In nahezu jedem dritten Schiedsverfahren, in dem deutsches Recht Anwendung findet, wird die Wirksamkeit einer oder mehrerer vertraglicher Regelungen unter Hinweis auf die §§ 305 ff. BGB infrage gestellt. Dies ist insbesondere deshalb beachtlich, weil die ganz überwiegende Anzahl der Verfahren großvolumige Verträge von über 500.000 €, in etwa 2/3 der Fälle sogar über 2 Mio. € zum Gegenstand hat und daher wohl unterstellt werden kann, dass die Parteien beim Vertragsschluss juristische Beratung in Anspruch genommen haben. In der Sache richtet sich die AGB-Einrede ganz überwiegend gegen Regelungen, die die Haftung beschränken bzw. ausschließen, oder gegen Regelungen, die die Haftung gegenüber den gesetzlichen Standards erleichtern bzw. verschärfen (Schadenspauschalierungen, Vertragsstrafen, Beschränkung von Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten).

Die Rolle, die die §§ 305 ff. BGB hiernach im Rahmen von Schiedsverfahren spielen, wird von den Experten der Schiedsgerichtsbarkeit überwiegend negativ bewertet. Etwa 3/4 der Experten sind der Auffassung, die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr schränke die Vertragsfreiheit der Unternehmen unangemessen ein. Knapp 2/3 der Experten meinen, die §§ 305 ff. BGB würden Parteien grenzüberschreitender Verträge davon abhalten, deutsches Recht (als materielles Recht) zu wählen.

Bezüglich der Handhabung der §§ 305 ff. BGB in Schiedsverfahren deutet die Befragung an, dass die Schiedsgerichte das für den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle maßgebliche Merkmal des Aushandelns (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB) weniger restriktiv als der BGH handhaben. Insbesondere lassen sie es für die Qualifikation einer Klausel als Individualvereinbarung offenbar vielfach genügen, dass über den Vertrag als Ganzes verhandelt wurde.

Die Umfrage hat weiter gezeigt, dass eine Flucht in ausländische Rechtsordnungen, insbesondere in das Schweizer Recht, vorkommt. Hierbei handelt es sich zwar um kein Massenphänomen. Etwa 2/3 der Experten geben aber an, eine entsprechende Rechtswahl komme selten oder gelegentlich vor. 1/4 der Experten gibt schließlich an, Rechtswahlklauseln erlebt zu haben, nach denen deutsches Recht unter Ausschluss der §§ 305 ff. BGB zur Anwendung kommen soll.

III. Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern (Umfrage 2)

1. Methodisches Vorgehen

a) Anlage der Untersuchung als Expertenbefragung

Um nähere Erkenntnisse über die Vertragsabschlusspraxis im unternehmerischen Rechtsverkehr und die diesbezügliche Bedeutung der §§ 305 ff. BGB zu gewinnen, war die Durchführung einer Expertenbefragung alternativlos.²³ Da die relevanten Daten nicht (zumindest nicht öffentlich zugänglich) dokumentiert werden, stellt der Rückgriff auf die Expertise der beteiligten Akteure die einzige Möglichkeit dar, eine entsprechende Informationsgrundlage zu erlangen. Von der ursprünglichen Idee, die Befragung auf Unternehmensjuristen zu beschränken, wurde Abstand genommen. Zwar hätte ein solches Vorgehen den Vorteil gehabt, bei der Konzeption des Fragebogens in stärkerem Maße juristische Fachkenntnisse voraussetzen zu können. Da aber Unternehmensjuristen erst bei Unternehmen einer bestimmten Größenordnung anzutreffen sind,²⁴ hätte eine entsprechende Auswahl dazu geführt, dass die Repräsentanz der Unternehmen, über deren Praxis die Adressaten Auskunft geben, übermäßig eingeschränkt worden wäre. Aus ähnlichen Gründen wurde auch von der Überlegung Abstand genommen, auf die Beratung von Unternehmen spezialisierte Rechtsanwälte als Experten heranzuziehen. Weil davon auszugehen ist, dass exter-

²³ Zum Instrument der Expertenbefragung s. Nachweise Fn. 1.

²⁴ Siehe Ergebnisse zu den *Fragen 4* und *4a* (unter 4.).

ne Anwälte typischerweise nur bei ausgewählten Vertragsschlüssen zu Rate gezogen werden, könnten auch sie nur Erkenntnisse in Bezug auf einen sehr schmalen Ausschnitt der unternehmerischen Vertragsabschlusspraxis beisteuern.

b) Geschlossener Online-Fragebogen als Umfragemittel

Die Gründe, die für die Verwendung eines geschlossenen Online-Fragebogens sprechen, sind dieselben, die bei der Umfrage 1 den Ausschlag für dieses Umfragemittel gegeben haben. Auf die dortigen Ausführungen kann daher verwiesen werden.²⁵ Mit Blick auf den deutlich größeren Adressatenkreis der Umfrage 2 gelten die mit dem Einsatz eines Online-Fragebogens verbundenen Effizienz- und Kostenvorteile sogar in noch stärkerem Maße.

c) Unterstützung durch Fokusgruppe (Gruppendiskussion)

Sowohl bei der Konzeption des Fragebogens als auch bei der Adressatenauswahl wurde auf die Unterstützung einer Fokusgruppe zurückgegriffen, die aus Experten des Unternehmensrechts gebildet wurde und die nachfolgenden Personen umfasste:²⁶

- Rechtsanwältin Frau Dr. Anke Frankenberger, General Counsel Styrolution Group GmbH (Frankfurt)
- Rechtsanwalt Herr Dr. Christian Groß, Referatsleiter Zivilrecht und Justizariat, DIHK (Berlin)
- Rechtsanwalt Herr Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, LL.M., Oppenhoff & Partner (Köln)
- Rechtsanwalt Herr Dr. Werner Müller, Baker & McKenzie (Frankfurt)
- Rechtsanwalt Herr Dr. Christoph Schäfer, Leiter Recht Gesamtverband der deutschen Textil- und Modeindustrie e.V. (Berlin)²⁷
- Rechtsanwalt Herr Christian Vietmeyer, Leiter des Fachbereichs Recht im Wirtschaftsverband Stahl- und Metallverarbeitung (Düsseldorf)

²⁵ Oben unter II.1.b.

²⁶ Zur Bedeutung von Fokusgruppen siehe Nachweise in Fn. 11.

²⁷ Seit Januar 2014 stellvertretender Hauptgeschäftsführer der Handwerkskammer Cottbus.

Bei der Auswahl der Mitglieder der Fokusgruppe wurde auf eine möglichst pluralistische Zusammensetzung geachtet. Insbesondere wurde Wert darauf gelegt, dass sowohl Reformbefürworter als auch Reformgegner vertreten sind. Oberste Priorität hatte jedoch die Eignung der Fokusgruppe zur Verrichtung der ihr zugedachten Sacharbeit. Um insbesondere eine effiziente Gruppendiskussion zu ermöglichen, wurde die Teilnehmerzahl auf sechs Personen festgelegt und von der Hinzuziehung weiterer Experten abgesehen.

Die Unterstützung durch die Fokusgruppe erfolgte insbesondere in Form der Teilnahme ihrer Mitglieder an einer Gruppendiskussion, die unter Moderation des Autors am 6. Dezember 2013 in Berlin in den Räumen des Deutschen Industrie- und Handelskammertag e.V. (DIHK) stattfand. Darüber hinaus hat ein Teil der Mitglieder im Vorfeld des Treffens Anregungen und Vorschläge für die Entwicklung des Fragebogens beigetragen, die sie dem Autor (sowie den übrigen Mitgliedern der Fokusgruppe) per E-Mail haben zukommen lassen.

d) Erprobungsphase (Pretest)

Der im Anschluss an die Gruppendiskussion überarbeitete Fragebogen wurde im Februar 2014 einer Probephase unterzogen. Zu diesem Zweck wurde er an ca. 20 Probanden geschickt,²⁸ mit denen im Anschluss telefonisch leitfadengestützte Feedbackgespräche geführt wurden. Auf diese Weise wurde unter anderem überprüft, ob die Fragen ausreichend verständlich sind, Formulierungen gegebenenfalls Anlass für Missverständnisse geben und welcher Zeithorizont für die Beantwortung der Fragen zu veranschlagen ist.²⁹

2. Gestaltung des Fragebogens³⁰

a) Vorgehensweise

Die Grundkonzeption einschließlich eines ersten Entwurfs des Fragebogens wurde bereits im Vorfeld der Gruppendiskussion erstellt. Ein solches Vorgehen war unter forschungsökonomischen Gesichtspunkten notwendig, da ohne entsprechende Vor-

²⁸ Die Adressen wurden von der Industrie- und Handelskammer Osnabrück - Emsland - Grafschaft Bentheim und dem Bundesverband der Unternehmensjuristen e.V. (Regionalgruppe Ostwestfalen/Münster) zur Verfügung gestellt.

²⁹ Zum Zweck von Pretests *Schnell/Hill/Esser* (Fn. 2), S. 339 ff.

³⁰ Siehe Abdruck des vollständigen Fragebogens in Teil H, Anlage 2.

arbeiten eine effiziente Durchführung der Gruppendiskussion mit Blick auf die Komplexität der Thematik nicht möglich gewesen wäre. Die Mitglieder der Fokusgruppe wurden aber ermuntert, bereits in dieser Phase per E-Mail Anregungen und Vorschläge zur Konzeption des Fragebogens zu machen, wovon auch einige Gebrauch gemacht haben.

Im Rahmen der am 6. Dezember 2013 mit den Mitgliedern der Fokusgruppe durchgeführten Gruppendiskussion³¹ wurden zunächst verschiedene grundlegende Fragestellungen bezüglich der Konzeption und der Verteilung des Fragebogens erörtert. Letzterer Aspekt betraf insbesondere die Frage, ob die Verteilung neben den Mitgliedern der Industrie und Handelskammern (IHK) auch noch auf Handwerksunternehmen erstreckt werden sollte, die nicht IHK-Mitglieder sind.³² Im Anschluss daran erfolgte eine intensive Diskussion auf Grundlage des den Mitgliedern vorgestellten Entwurfs des Fragebogens (semi-strukturierte Gruppendiskussion). Hierbei wurde auf Anregung der Diskussionsteilnehmer auch auf verschiedene im Entwurf noch nicht enthaltene Aspekte eingegangen. Im Rahmen dieses Prozesses wurden einzelne Fragen des Entwurfs gestrichen, hinzugefügt oder modifiziert.

Eine weitere Optimierung des Fragebogens erfolgte auf Grundlage der geschilderten Pretests im Februar 2014. Die Erkenntnisse aus den in diesem Zusammenhang durchgeführten Feedbackgesprächen sind in die finale Fassung des Fragebogens eingeflossen.

b) Konzeptionelle Grundlagen

Der Fragebogen ist nicht als Meinungsumfrage konzipiert, sondern dient der Erlangung von Informationen zur unternehmerischen Vertragsabschlusspraxis. Folglich zielt die Mehrzahl der Fragen nicht auf die persönliche Einschätzung bzw. Wertung der Befragten, sondern die Mitteilung von Erfahrungen. Lediglich die letzten beiden von insgesamt 54 Fragen haben rein wertenden Charakter.

Die beträchtliche Heterogenität der adressierten Unternehmen sowie die Vielzahl der innerhalb der einzelnen Unternehmen auftretenden verschiedenen Vertragsabschlusssituationen machte die Entwicklung des Fragebogens äußerst anspruchsvoll. Insbesondere zeichnete sich ein deutlicher Zielkonflikt zwischen dem

³¹ Siehe Protokoll der Gruppendiskussion in Teil H, Anlage 4.

³² Näher sogleich unter 3.a.

Bestreben ab, einerseits durch differenzierte Fragen aussagekräftige Informationen zu erlangen und andererseits den Fragebogen mit Blick auf die Rücklaufquote ausreichend kurz und verständlich zu halten.

Vor diesem Hintergrund ist auch die Entscheidung zu sehen, in zentralen Teilen des Fragebogens (Teil B und C) zwischen der Rolle des Unternehmens als Anbieter gegenüber seinen Kunden (Anbieterperspektive) und als Abnehmer gegenüber Lieferanten, Dienstleistern und Subunternehmern (Abnehmerperspektive) zu differenzieren und beide Perspektiven innerhalb des Fragebogens getrennt voneinander, d.h. nacheinander, abzufragen. Hintergrund dieser Zweiteilung ist die Erkenntnis, dass sich die Vertragsabschlusspraxis von Unternehmen auf Anbieter- und Abnehmerseite vielfach erheblich unterscheidet. Eine gemeinsame Behandlung beider Perspektiven im Rahmen des Fragebogens würde die von den Befragten zu bewältigende Komplexität erhöhen und könnte sich insoweit negativ auf die Validität der Datengrundlage auswirken. Die damit einhergehende weit gehende Doppelung von Fragen wurde trotz der damit verbundenen erheblichen Ausdehnung des Umfangs des Fragebogens mit Blick auf den zu erwartenden Qualitätsgewinn in Kauf genommen.

Ein weiteres Grundanliegen bei der Konzeption des Fragebogens bestand darin, die Verwendung (in ihrer Bedeutung gegebenenfalls zweifelhafter) rechtlicher Kategorien so weit wie möglich zu vermeiden. So wurde insbesondere auf die Verwendung des Begriffs der AGB verzichtet, weil die Vermutung bestand, dass (auch unter Juristen) vielfach erhebliche Fehlvorstellungen bezüglich der Reichweite dieses Begriffs bestehen.³³ Antworten, die auf den Begriff der AGB Bezug nehmen, wären daher nur von sehr beschränkter Aussagekraft. Stattdessen wurde versucht, diejenigen Umstände zu erfragen, die für die Qualifikation als allgemeine Geschäftsbedingung maßgeblich sind.³⁴

Schließlich wurde bewusst darauf verzichtet, den im Fragebogen vielfach verwandten Begriff des Unternehmens zu definieren. Eine Definition hätte eine Entscheidung darüber erfordert, ob man auf den jeweiligen Rechtsträger abstellt, bei dem der Befragte angestellt ist, oder aber (gegebenenfalls rechtsträgerübergreifend) das Unternehmen im wirtschaftlichen Sinne maßgeblich sein soll. Beide Alternativen

³³ Diese Vermutung wurde durch die Ergebnisse der Umfrage bestätigt (siehe insbesondere unter 4.c.(4)).

³⁴ Siehe insbesondere die *Fragen 11, 13, 17, 19*.

hätten im Einzelfall dazu geführt, dass die geforderte Perspektive von derjenigen Perspektive abweicht, die der Befragte mit Blick auf sein eigenes Verständnis intuitiv zugrunde legt. Die ohnehin schon erheblichen Anforderungen an die Befragten wären dadurch weiter erhöht worden, ohne dass dies zwingend notwendig erscheint.

c) Erläuterung der einzelnen Teile des Fragebogens³⁵

Der Fragebogen gliedert sich in vier Teile:

- Allgemeine Angaben zum Unternehmen (Teil A)
- Vertrags- und Abschlussmodalitäten (Teil B)
- Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse (Teil C)
- Umgang mit dem geltenden Recht (Teil D)

(1) Allgemeine Angaben zum Unternehmen (Teil A)

In *Teil A* werden zunächst grundlegende Angaben zu den befragten Unternehmen gesammelt. Neben dem Zweck, die Interpretation der Ergebnisse aus den *Teilen B* und *C* zu ermöglichen, dienen diese Angaben vor allem dazu, die Repräsentanz der Stichprobe herstellen zu können (Branche, Umsatz und Mitarbeiterzahlen, *Fragen 1 – 3*). Zwar sind nicht die Unternehmen als solche, sondern die einzelnen Mitarbeiter Adressaten des Fragebogens. Da die Fragen aber darauf zielen, Erkenntnisse über die Vertragsabschlusspraxis in dem jeweiligen Unternehmen zu erlangen, ist es gleichwohl geboten, sicherzustellen, dass die Auswahl der mittelbar in der Stichprobe vertretenen Unternehmen nachvollzogen werden kann.³⁶

Daneben wird mit den *Fragen 5, 5a* und *6* ermittelt, in welchem Umfang das jeweilige Unternehmen Verträge mit Verbrauchern oder mit verbundenen Unternehmen abschließt. Ersteres ist deshalb von Bedeutung, weil die Vertragsbeziehungen zu Verbrauchern nicht dem unternehmerischen Rechtsverkehr zuzuordnen und daher mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand nicht von Interesse sind. Gibt ein Befragter an, dass die Kunden seines Unternehmens hauptsächlich Verbraucher sind, wurden daher in den nachfolgenden *Teilen B und C* die die Anbieterperspektive betreffenden Fragen ausgespart. Die Konzernverbundenheit von Vertragspartnern ist

³⁵ Nachfolgend werden die Struktur und einige Besonderheiten des Fragebogens erläutert, ohne auf sämtliche Details des Fragebogens einzugehen.

³⁶ Näher zu diesem Zusammenhang unter 4.b.(2) und (3).

deshalb von Bedeutung, weil der Abschluss konzerninterner Verträge häufig keinen marktüblichen Gepflogenheiten unterliegt und die darauf bezogenen Angaben daher das Untersuchungsergebnis zu verfälschen drohen. Befragte, deren Unternehmen auf Anbieter- oder Abnehmerperspektive überwiegend mit verbundenen Unternehmen Verträge schließen, wurden daher in den *Teilen B und C* zu den jeweiligen Abschlussperspektiven nicht befragt.³⁷

Die *Fragen 7 und 8* zielen darauf, zu erfahren, welche Verhandlungsmacht das jeweilige Unternehmen gegenüber seinen Vertragspartnern hat. Die diesbezüglichen Erkenntnisse sind deshalb relevant, weil die AGB-Kontrolle vielfach in Zusammenhang mit dem Schutz vor wirtschaftlicher Übermacht gestellt wird.³⁸ Daher erscheint es lohnenswert, die diesbezüglichen Angaben auf mögliche Zusammenhänge mit den in den *Teilen B – D* erlangten Angaben zu überprüfen.

(2) Vertrags- und Abschlussmodalitäten (Teil B)

Teil B dient dazu, allgemeine, d.h. nicht unmittelbar auf die Thematik der Haftungsbeschränkung bezogene Informationen zu den Vertrags- und Abschlussmodalitäten des jeweiligen Unternehmens zu erlangen. Wie bereits ausgeführt, wird dabei zwischen der Anbieter- und der Abnehmerperspektive differenziert und die Befragten werden nacheinander zunächst zu der einen und sodann zu der anderen Perspektive befragt.³⁹

Ein besonderer Fragetypus wird bei den *Fragen 10 – 13 und 16 – 19* gewählt. Um beispielsweise zu erfahren, in welchem Umfang Vertragsverhandlungen in der jeweiligen Unternehmenspraxis stattfinden, erscheint es nicht ausreichend abzufragen, ob Unternehmen überwiegend (i) gar nicht, (ii) mehr als 30 Minuten, (iii) zwischen 30 Minuten und 4 Stunden oder (iv) mehr als 4 Stunden verhandeln. Aufgrund der zu erwartenden Heterogenität der in jedem Unternehmen vorkommenden Abschlussituationen ist davon auszugehen, dass meist sämtliche in den Antwortoptionen angebotenen Modalitäten eine gewisse Relevanz haben. Um zu erfahren, wie

³⁷ Hat ein Befragter hiernach angegeben, dass sein Unternehmen sowohl auf Abnehmer- als auch auf Anbieterseite überwiegend mit verbundenen Unternehmen Verträge abschließt, sind die Fragen in *Teil B und Teil C* sogar vollständig übersprungen worden (bei 34 Befragten war dies letztlich der Fall).

³⁸ Schäfer, BB 2012, 1231, 1233 ff.

³⁹ Wie zuvor unter (1) geschildert, wurden in Abhängigkeit von der Beantwortung der *Fragen 5, 5a und 6* einzelne Perspektiven gegebenenfalls aber auch ausgespart (s.o. unter (1)).

groß die Relevanz der einzelnen Modalitäten in Relation zueinander ist, werden die Befragten daher gebeten, die jeweiligen Antwortoptionen prozentual auf die Gesamtheit der Vertragsschlüsse zu verteilen (Konstantsummenfrage).⁴⁰ Auch wenn hierbei bewusst lediglich nach einer groben Schätzung gefragt wird, stellt dieser Fragetypus an die Befragten ersichtlich hohe Anforderungen und begründet daher in besonderem Maße die Gefahr, zu einem Abbruch der Befragung zu führen. Da sich in der Erprobungsphase jedoch zeigte, dass die Probanden mit diesem Fragetypus weitgehend gut zurechtkamen, wurde er beibehalten.⁴¹

(3) Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse (Teil C)

Bei *Teil C* handelt es sich um den Hauptteil des Fragebogens, der sich mit der Verwendung von Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüssen befasst. Ebenso wie in *Teil B* werden die Anbieter- und Abnehmerperspektive getrennt voneinander abgefragt.⁴² Die Differenzierung hat den (zusätzlichen) Vorteil, dass die Befragten sowohl zu der Situation befragt werden, in der die Haftungsbeschränkung zu Gunsten ihres Unternehmens wirkt (Anbieterperspektive), als auch zu der Situation, in der die Haftungsbeschränkung darauf zielt, Ansprüche ihres Unternehmens auszuschließen oder zu beschränken (Abnehmerperspektive).

Im Einzelnen werden in *Teil C* in beiden Unterabschnitten jeweils vier Teilaspekte abgefragt. Bezüglich der Anbieterperspektive betrifft der erste Teilaspekt das Bedürfnis der Unternehmen nach der Verwendung von Haftungsbeschränkungen, die hierfür maßgeblichen Gründe und die als wichtig erachteten Formen von Haftungsbeschränkungen (*Fragen 21, 21a, 21b*). Der zweite Fragekomplex zielt darauf herauszufinden, in welchem Umfang und in welchen Spielarten Haftungsbeschränkungen von den Adressaten tatsächlich verwandt werden, inwieweit dabei den Vorgaben der §§ 307 ff. BGB Rechnung getragen wird und welches die Gründe hierfür sind (*Fragen 22, 22a, 22aa, 22b*). Der dritte Teilaspekt befasst sich mit der Möglichkeit und der Verbreitung von Versicherungsschutz gegen vertragliche Haftungsrisiken (*Fragen 23, 23a, 23aa*). Der vierte Teilaspekt betrifft die Frage, ob und in welchem

⁴⁰ Hüttner/Schwarting, Grundzüge der Marktforschung, 7. Aufl. 2002, S. 115.

⁴¹ Eine gewisse Erleichterung resultierte daraus, dass die von den Befragten verteilten %-Zahlen in der Maske des Fragebogens automatisch summiert wurden und für den Fall, dass die 100%-Marke über- oder unterschritten wurde, eine Fehlermeldung erschien.

⁴² Wie zuvor unter (1) geschildert, wurden in Abhängigkeit von der Beantwortung der *Fragen 5, 5a* und *6* einzelne Perspektiven gegebenenfalls aber auch ausgespart (s.o. unter (1)).

Umfang man sich in der Vergangenheit in Streitfällen auf Haftungsbeschränkungen berufen hat und wie diese gegebenenfalls im Rahmen von (schieds-)gerichtlichen Auseinandersetzungen beurteilt wurden (*Fragen 24 - 24 aa*).

Im dem die Abnehmerperspektive betreffenden Unterabschnitt zielen die ersten Fragen auf das Bedürfnis nach unbeschränkter Haftung des als Zulieferer etc. auftretenden Vertragspartners sowie die Ursachen für dieses Bedürfnis (*Frage 25, 25a*). Der zweite Teilaspekt betrifft die Häufigkeit der Verwendung von Haftungsbeschränkungen, deren Ausprägungen sowie die Gründe für die Akzeptanz von Haftungsbeschränkungen (*Fragen 26, 26a, 26b*). Der dritte Fragenkomplex widmet sich der Thematik des Versicherungsschutzes gegenüber Schäden aus Pflichtverletzungen von Zulieferern etc. (*Fragen 27, 27 a, 27aa*). Der abschließende vierte Teilaspekt befasst sich mit Konflikten, die Unternehmen in der Vergangenheit mit ihren Zulieferern etc. wegen möglicher Ersatzansprüche ausgetragen haben (*Fragen 28, 28a, 28aa*).

(4) Umgang mit geltendem Recht/Einschätzung des geltenden Rechts (Teil D)

Teil D zielt im Wesentlichen darauf ab zu ermitteln, inwieweit die geltende AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr Einfluss auf die Vertragsabschlusspraxis von Unternehmen hat. Im Mittelpunkt steht insoweit die Frage, ob Unternehmen bewusst bestimmte Strategien wählen, um in den Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle zu gelangen oder umgekehrt ihr auszuweichen (*Fragen 31 - 33*).

Daneben dient *Frage 30* dem Ziel herauszufinden, inwieweit die Befragten zutreffende Vorstellungen über den AGB-Begriff und in der Folge über den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle haben. Hintergrund der Frage ist die Vermutung, dass die Anforderungen, die der BGH an das Merkmal des Aushandelns in § 305 Abs. 1 S. 3 BGB stellt, vielfach unterschätzt werden.

Die *Fragen 34* und *35* weichen von dem übrigen, im Wesentlichen auf die Erhebung von (Rechts-)Tatsachen beschränkten, Ansatz des Fragebogens ab und geben den Befragten die Gelegenheit, die geltende Rechtslage zu bewerten.

3. Adressatenauswahl und Versand

a) Adressatenauswahl

Die Umfrage zielt darauf, Einblicke in die Vertragsabschlusspraxis einer möglichst großen Bandbreite von Unternehmen zu erhalten. Wie bereits ausgeführt, wurde vor

diesem Hintergrund darauf verzichtet, den Fragebogen ausschließlich an die nur bei Unternehmen einer bestimmten Größe anzutreffenden Unternehmensjuristen zu adressieren. Um innerhalb der Unternehmen den richtigen Mitarbeiter zu erreichen, wurde in der für die Versendung der Fragebögen vorbereiteten Begleit-E-Mail darum gebeten, den Fragebogen an diejenige Stelle im Unternehmen weiterzuleiten, die mit der Gestaltung bzw. Begleitung von Verträgen betraut ist.⁴³

Es blieb gleichwohl die Frage, ob es sinnvoll und notwendig ist, den Fragebogen auch an die Mitarbeiter von Kleinstunternehmen (weniger als 10 Mitarbeiter)⁴⁴ zu versenden. Nach intensiver Erörterung der Problematik im Rahmen der Gruppendiskussion wurde die Frage verneint und entschieden, Kleinstunternehmen trotz ihrer großen Bedeutung aus dem Adressatenkreis auszuklammern. Es bestand Einigkeit darüber, dass angesichts des Zuschnitts und des Komplexitätsgrades des Fragebogens realistischer Weise nicht damit zu rechnen war, dass die Mitarbeiter dieser Unternehmen sich in nennenswertem Umfang an der Befragung beteiligen würden.⁴⁵ Ferner spielte die Einschätzung eine Rolle, dass die Einbeziehung dieses Adressatenkreises nicht zwingend notwendig ist. Denn das Ziel der Umfrage besteht, wie bereits ausgeführt, nicht darin, ein umfassendes Meinungsbild der deutschen Unternehmerschaft zu erzeugen, sondern Informationen über die Vertragsabschlusspraxis von Unternehmen zu erlangen. Mit Blick auf Kleinstunternehmen erweist sich das Informationsbedürfnis insoweit als vergleichsweise gering. Denn man wird unterstellen dürfen, dass diese Gruppe von Unternehmen typischerweise keine oder allenfalls sehr geringe Ressourcen auf die Konzeption und Verhandlung von Vertragsnebenbedingungen⁴⁶ verwenden.⁴⁷ In der Folge ist auch davon auszugehen, dass Kleinstunternehmen ähnlich wie Verbraucher überwiegend von der Inhaltskontrolle der

⁴³ Die Versendung der Fragebögen und der Begleit-E-Mail erfolgte über die regionalen Industrie- und Handelskammern (IHK), hierzu sogleich unter b.

⁴⁴ Zur Definition von Kleinstunternehmen siehe die Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, 2003/361/EG, L 124/36.

⁴⁵ Zu dem gleichwohl aus dem Bereich der Kleinstunternehmen erhaltenen Rücklauf sogleich unter 4.b.(1).

⁴⁶ „Vertragsnebenbedingungen“ sind alle Vertragsbedingungen, die nicht der Beschreibung der Primärleistungspflichten dienen und daher der Kontrolle auf Grundlage der §§ 307 ff. BGB entzogen sind (ausführlich *Fuchs* in: *Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht*, 11. Aufl. 2011, § 307 Rn. 37 ff.).

⁴⁷ Diese Vermutung wurde durch die „planwidrig“ von Kleinstunternehmen erhaltenen Angaben (hierzu unter 4.b.(1)) insbesondere zu den *Fragen 13* und *19* bestätigt.

§§ 307 ff. BGB profitieren und dieser daher tendenziell positiv gegenüberstehen.⁴⁸

Vor dem Hintergrund der Ausklammerung von Kleinstunternehmen fiel auch die Entscheidung, aus forschungsökonomischen Gründen die Verteilung der Fragebögen ausschließlich über die DIHK/IHK vorzunehmen. Die damit verbundene weitgehende Ausklammerung von Handwerksunternehmen wurde in Kauf genommen,⁴⁹ da Handwerksunternehmen ausweislich der Handwerkszählung 2013 durchschnittlich nur über fünf Mitarbeiter verfügen⁵⁰ und viele der großen Handwerksunternehmen als sogenannte Mischbetriebe auch IHK-Mitglieder sind.⁵¹

b) Versand

Der Versand der Fragebögen erfolgte im Zeitraum zwischen dem 19. Mai 2014 und dem 4. Juli 2014 mit Unterstützung des DIHK. Da der DIHK nicht über eine eigene Adressdatei von Unternehmen verfügt, wandte er sich an die ca. 80 regionalen Industrie- und Handelskammern (IHK) mit der Bitte um Weiterleitung des Fragebogens an deren Mitgliedsunternehmen. Um sicherzustellen, dass der Fragebogen nicht von einzelnen Adressaten mehrfach beantwortet werden kann, wurden den IHK jeweils eine ausreichende Anzahl individualisierter Links zur Verfügung gestellt, die dem Adressaten nur die einmalige Teilnahme an der Befragung ermöglichten.

Anhand der Rückläufe lässt sich abschätzen, dass ca. 2/3 der IHK der Bitte um Weiterleitung nachgekommen sind. Die ganz überwiegende Anzahl der IHK verhielt sich sehr kooperativ und unternahm zum Teil erhebliche Anstrengungen, um eine größtmögliche Verteilung vorzunehmen. Nicht wenigen IHK gelang es, Verteiler in einer Größenordnung von 1.000 - 4.000 Adressaten anzuschreiben. Im Fall derjenigen IHK, die den Fragebogen nicht weitergeleitet haben, lag dies zumeist daran, dass diese über keinen für die Zwecke der Umfrage geeigneten E-Mail-Verteiler ver-

⁴⁸ Bestätigung findet diese Annahme u.a. in der Positionierung des Zentralverbands des Deutschen Handwerks e.V. (ZDH), der sich im Rahmen der Initiative „pro AGB-Recht“ gegen eine Gesetzesreform ausgesprochen hat (vgl. oben unter B.I.).

⁴⁹ Handwerksbetriebe sind grundsätzlich nicht Mitglieder der IHK, sondern gem. § 90 Abs. 2 HwO allein Mitglieder der Handwerkskammer (näher *Jahn* in: Frenzel/Jäkel/Junge, Industrie- und Handelskammergesetz, 7. Aufl. 2009, § 2 Rn. 118). Mischbetriebe, die neben einem handwerklichen oder handwerksähnlichen Betrieb auch sonstige gewerbliche Tätigkeiten ausüben, gehören jedoch mit ihrem nichthandwerklichen oder nichthandwerksähnlichen Betriebsteil der Industrie- und Handelskammer an (§ 2 Abs. 3 IHKG).

⁵⁰ Abrufbar unter <http://www.zdh.de/daten-und-fakten/betriebszahlen/beschaefigtumsaetze.html>. Die mit 5.357.000 angegebene Zahl der Erwerbstätigen im Handwerk geteilt durch die 1.008.593 ausgewiesenen Betriebe ergibt im Durchschnitt 5,31 Erwerbstätige pro Betrieb.

⁵¹ S. Fn. 49.

fügen oder es an der Einwilligung der Adressaten fehlte, zum Zweck einer entsprechenden Umfrage angeschrieben zu werden.

Da nur hinsichtlich eines Teils der IHK Informationen darüber vorliegen, an wie viele Adressaten sie den Fragebogen verschickt haben, können keine exakten Angaben über dessen Verteilung und die Rücklaufquote gemacht werden. Unter Berücksichtigung der Rücklaufquoten derjenigen IHK, von denen die Verteilungszahlen vorliegen, lässt sich aber im Wege der Hochrechnung schätzen, dass insgesamt ca. 30.000 Unternehmen angeschrieben wurden.

4. Ergebnisse und Bewertung

a) Vorbemerkung

Mit der Befragung ist es gelungen, in einem bisher empirisch nicht erforschten Bereich erstmalig eine breite Datengrundlage zu schaffen. Der Rücklauf von insgesamt 1.220 vollständig ausgefüllten Fragebögen aus allen relevanten Branchen⁵² lässt valide Aussagen zur Vertragsabschlusspraxis von Unternehmen zu. Damit wurde eine gute und belastbare Datengrundlage geschaffen, auf die die weitere rechtspolitische Diskussion aufbauen kann. Die nachfolgende Beschreibung und Analyse der Stichprobe geht auf zentrale Aspekte ein und erlaubt verschiedene Tendenzaussagen, ohne aber den Anspruch zu erheben, umfassend sämtliche denkbaren Interpretationsansätze abzuhandeln, die auf Grundlage eines so umfangreichen Datensatzes möglich sind.

b) Zuschnitt, Repräsentanz und Darstellung der Stichprobe

In der aus 1.220 Datensätzen bestehenden Stichprobe sind 18 von 21 Wirtschaftszweigen entsprechend der statistischen Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft (NACE) enthalten.⁵³ Ebenfalls vertreten sind Unternehmen sämtlicher Größenkategorien und zwar mit folgender Verteilung:

⁵² Näher hierzu sogleich unter b.

⁵³ Folgende Branchen wurden nicht erfasst: (i) Land- und Forstwirtschaft, Fischerei; (ii) Private Haushalte mit Hauspersonal; Herstellung von Waren und Erbringung von Dienstleistungen durch private Haushalte, (iii) Exterritoriale Organisationen und Körperschaften.

	Definition ⁵⁴	Anzahl
Kleinstunternehmen	bis 9 Mitarbeiter	224
Kleinunternehmen	10 - 49 Mitarbeiter	413
Mittlere Unternehmen	50 - 500 Mitarbeiter	373
Großunternehmen	> 500 Mitarbeiter	210

(1) Einbeziehung von Kleinstunternehmen

Ungeachtet der Entscheidung, die Mitarbeiter von Kleinstunternehmen nicht in die Befragung mit einzubeziehen, war von ihnen mit 224 Datensätzen ein nicht unerheblicher Rücklauf zu verzeichnen. Hintergrund ist offenbar, dass einige IHK bei der Adressatenauswahl die gewünschte Vorselektion nicht oder nur mit einer gewissen Fehlerquote durchführen konnten. Da keinerlei Informationen darüber vorliegen, in welchem Umfang die Verteilung an Kleinstunternehmen erfolgte, lassen sich für sie keine isolierten Aussagen zur Rücklaufquote treffen. Folglich kann auch nicht beurteilt werden, inwieweit die ursprüngliche Einschätzung, dass die Rücklaufquote aus dem Bereich der Kleinstunternehmen signifikant hinter den Rücklaufquote aus den übrigen Größenkategorien zurückbleiben würde, zutreffend war. Angesichts des in absoluten Zahlen betrachtet gleichwohl erfreulichen Rücklaufs aus dem Bereich der Kleinstunternehmen wurde entschieden, diese aufgrund des zu erwartenden zusätzlichen Erkenntnisgewinns in gleicher Weise wie die Rückläufe aus dem Bereich der übrigen Größenkategorien bei der Darstellung und Auswertung der Stichprobe zu berücksichtigen. Dass die Mitarbeiter von Kleinstunternehmen hierbei möglicherweise unterrepräsentiert sind,⁵⁵ stellt mit Blick auf die grundlegende Entscheidung, die Auswertung nach Größenkategorien gesondert vorzunehmen,⁵⁶ keinen Nachteil dar.

⁵⁴ Die EU-Kommission empfiehlt die Mitarbeiterzahl als ein zentrales Kriterium für die Bestimmung von Unternehmen als KMU bis Großunternehmen (Nachweis Fn. 44). Das Statistische Bundesamt, das Institut für Mittelstandsforschung und die Industrie- und Handelskammern folgen dieser Empfehlung überwiegend.

⁵⁵ Nach der durch das Institut für Mittelstandsforschung (IfM) in Bonn veröffentlichten Branchenstruktur der Unternehmen laut Unternehmensregister KMU nach Definition der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2010 (abrufbar unter http://www.ifm-bonn.org/fileadmin/data/redaktion/statistik/mittelstand_im_einzelnen/dokumente/Untreg_KMU_und_GU_2010_BR-STR.pdf) stellen Kleinstunternehmen anzahlmäßig 89,8% der Gesamtheit deutscher Unternehmen dar.

⁵⁶ Hierzu sogleich unter (3).

(2) Herstellung der Repräsentanz nach Branchen

Eine weitere Entscheidung betraf die Frage, ob die Stichprobe anhand der Grundgesamtheit deutscher Unternehmen auszurichten ist, um auf diese Weise ihre Repräsentanz herzustellen. Mit Blick auf den grundlegenden Ansatz, die Befragung in Form einer Expertenbefragung durchzuführen, die an den einzelnen Unternehmensmitarbeiter und nicht das Unternehmen selbst adressiert ist, erscheint ein solches Vorgehen nicht zwingend. Gleichwohl gilt es zu berücksichtigen, dass die Unternehmensmitarbeiter in ihren Erfahrungen und Einschätzungen maßgeblich durch ihr konkretes unternehmerisches Umfeld und die Interessen der sie beschäftigenden Unternehmen geprägt sind und diese daher auch im Rahmen einer Expertenbefragung in einem erheblichen Maß repräsentieren.

Vor dem skizzierten Hintergrund wurde entschieden, mittels einer Gewichtung der Befragten entsprechend der Branchenzugehörigkeit ihres Arbeitgebers Repräsentanz nach Branchen herzustellen. Als Referenzgröße für die insoweit maßgebliche Grundgesamtheit deutscher Unternehmen wurde abgestellt auf die durch das Institut für Mittelstandsforschung (IfM) in Bonn veröffentlichte Branchenstruktur der Unternehmen in Deutschland aus dem Jahr 2010.⁵⁷ Durch die Gewichtung wurden Abweichungen zwischen der Stichprobe und der Grundgesamtheit behoben, indem Befragte aus unterrepräsentierten Branchen hoch- und Befragte aus überrepräsentierten Branchen herunterskaliert wurden. Deren Einfluss auf die Ergebnisse wurde damit erhöht bzw. reduziert. Die Gewichtung einzelner Stichprobeneinheiten führte dazu, dass die Struktur der Grundgesamtheit letztlich gut nachgebildet werden konnte.

Aufgrund von Ungenauigkeiten in der Ausgangstatistik⁵⁸ kam es dennoch auch nach der Gewichtung zu Abweichungen zwischen der Branchenverteilung in der Stichprobe und in der Grundgesamtheit von durchschnittlich 1 %. Eine schlechtere Anpassung konnte mit einer Abweichung von ca. 20 % bei der Branche „Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden“ für Kleinst-, kleine und mittlere Unternehmen erzielt werden. Zudem ist die Anzahl von Befragten aus Kleinstunternehmen der Branche „Energieversorgung“ mit ebenfalls 20 % unterrepräsentiert. Bei Großunter-

⁵⁷ Abrufbar unter http://www.ifm-bonn.org/fileadmin/data/redaktion/statistik/mittelstand_im_einzelnen/dokumente/Untreg_KMU_und_GU_2010_BR-STR.pdf

⁵⁸ Das IfM Bonn hat die Branchenverteilung mit nur einer Nachkommastelle veröffentlicht.

nehmen konnten die Branchen „Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden“, „Gastgewerbe“, „Grundstücks- und Wohnungswesen“, „Erziehung und Unterricht“ sowie „Kunst, Unterhaltung und Erholung“ nicht erreicht werden.⁵⁹ Da diese Branchen auch in der Grundgesamtheit deutlich unterproportional vertreten sind, ist der damit verbundene Qualitätsverlust jedoch als gering einzustufen.

(3) Behandlung der Größenkategorien

Es stellte sich des Weiteren die Frage, ob die Stichprobe auch an die in der Grundgesamtheit vorliegende Verteilung der verschiedenen Unternehmensgrößen angepasst werden soll. Hiervon wurde jedoch abgesehen, da sich bei der Analyse der Werte zeigte, dass die Ergebnisse zwischen den einzelnen Größenkategorien zum Teil stark voneinander abweichen. Als Konsequenz hieraus wurde entschieden, im Interesse des Erkenntnisgewinns die jeweiligen Größenkategorien gesondert darzustellen und auf diese Weise eine vergleichende Gegenüberstellung zu ermöglichen. Die (alleinige) Betrachtung aggregierter Werte hätte demgegenüber die Größenunterschiede nivelliert und falsche Schlussfolgerungen provoziert.

Mit der Entscheidung für eine gesonderte Darstellung der einzelnen Größenkategorien entfiel die Notwendigkeit, die Repräsentanz der Größenkategorien untereinander herzustellen. Dies hat den positiven Nebeneffekt, dass auf diese Weise bestimmte Wertungsfragen, die sich im Rahmen der erforderlichen Gewichtung gestellt hätten und deren Beantwortung hohe Ergebnisrelevanz gehabt hätte, vermieden wurden. So würde es ersichtlich Kritik hervorrufen, wenn man allein auf die anzahlmäßige Verteilung der Unternehmen in der Grundgesamtheit abstellt und hiernach mit Blick darauf, dass 89,8 % der deutschen Unternehmen Kleinstunternehmen sind, die Angaben deren Mitarbeiter entsprechend hoch gewichtet.⁶⁰ Die erheblichen Größenunterschiede der repräsentierten Unternehmen würden auf diese Weise völlig unberücksichtigt bleiben. Das ließe sich zwar korrigieren, indem eine Gewichtung anhand der Mitarbeiter- oder Umsatzzahlen der Unternehmen vorgenommen wird. In welchem Verhältnis und welchem Umfang man diese Werte gewichtet, ist aber eine

⁵⁹ Zu den Einzelheiten siehe Detaildarstellung unter IV.3.a.

⁶⁰ Siehe Fn. 55. Diese Problematik würde noch verschärft, da in der gezogenen Stichprobe die Kleinstunternehmen deutlich unterrepräsentiert sind. Folglich würden die vorliegenden Antworten der Befragten aus Kleinstunternehmen massiv hochskaliert, was zu einer erheblichen Überschätzung der Aussagen einiger Befragten führen würde.

Wertentscheidung mit erheblichen Auswirkungen auf die Ergebnisse, deren Vorwegnahme die Objektivität der Studie beeinträchtigt hätte.

Um die größenabhängigen Unterschiede zwischen den repräsentierten Unternehmen noch deutlicher zu machen, wurde eine zusätzliche Unterteilung der Kategorie der Großunternehmen eingeführt: Differenziert wird hiernach zwischen Unternehmen mit 501 - 2.000 Mitarbeitern („einfache Großunternehmen“) und Unternehmen mit über 2.000 Mitarbeitern („große Großunternehmen“). Die einfachen Großunternehmen sind dabei in der Stichprobe mit 95 Fragebögen, die großen Großunternehmen mit 115 Fragebögen vertreten.

(4) Aggregierter Wert

Um gleichwohl eine gewisse Vergleichsgröße zu erhalten, die für die gesamte Stichprobe spricht und mit der die Ergebnisse aus den einzelnen Größenkategorien abgeglichen werden können, wurde *subsidiär* ein über sämtliche Befragte hinweg aggregierter Gesamtwert gebildet. Vor dem Hintergrund der zuvor geschilderten Problematik wurde darauf verzichtet, bei der Aggregation eine Gewichtung nach Größenkategorien vorzunehmen. Die einzelnen Datensätze aus den einzelnen Größenkategorien sind somit jeweils gleichwertig in den aggregierten Wert eingeflossen.⁶¹ Dies ist bei der Bewertung der entsprechenden Werte zu berücksichtigen.

c) Wesentliche Erkenntnisse

Die Auswertung der Studie hat insbesondere die folgenden Erkenntnisse hervorgebracht:

- Vertragsschlüsse im unternehmerischen Rechtsverkehr erfolgen in erheblichem Umfang auf Basis standardisierter Vertragsbedingungen und mit geringem Vertragsgestaltungs- und Verhandlungsaufwand; die weit überwiegende Zahl von vereinbarten Vertragsnebenbedingungen dürfte daher als AGB im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB zu qualifizieren sein (1).
- Der Vertragsgestaltungs- und Verhandlungsaufwand steigt mit dem Vertragsvolumen (2).
- Das Ausmaß an juristischer Expertise steigt mit der Unternehmensgröße (3).

⁶¹ Die zuvor vorgenommene Gewichtung der Branchen ist hingegen in die Berechnung der aggregierten Werte eingeflossen.

- Aufgrund verbreiteter Fehleinschätzungen bezüglich der aus den §§ 305 ff. BGB für die Vereinbarung von Haftungsbeschränkung folgenden Gestaltungsgrenzen ist das AGB-spezifische Problembewusstsein vielfach deutlich unterentwickelt (4).
- Das Bedürfnis der Unternehmen nach Haftungsbeschränkungen gegenüber ihren unternehmerischen Kunden ist groß; das gilt insbesondere für summenmäßige Haftungsbeschränkungen (5).
- Die Marktmacht von Unternehmen korreliert reziprok mit der Unternehmensgröße: Während die Marktmacht von Unternehmen in ihrer Rolle als Anbieter mit zunehmender Unternehmensgröße tendenziell sinkt, steigt die Marktmacht von Unternehmen in ihrer Rolle als Abnehmer mit zunehmender Unternehmensgröße an (6).
- Mit steigendem Vertragsvolumen verstärkt sich die Einschätzung der Befragten, dass die derzeit bestehenden rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten bei der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen zu gering sind (7).
- Ein Zusammenhang zwischen der Marktmacht und der Bewertung der Angemessenheit der für die Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten lässt sich nicht feststellen (8).

Im Einzelnen:

(1) Hohe Standardisierung der Vertragsschlusspraxis; geringer Anteil an Individualvereinbarungen

Die Ergebnisse zu den *Fragen 12, 13, 18 und 19* betreffend die Form, in der Vertragsnebenbedingungen⁶² in den Vertragsschluss eingeführt werden, und den Zeitaufwand, den die Parteien in die Gestaltung bzw. Verhandlung der Vertragsnebenbedingungen investieren, belegen eine hohe Standardisierung der Vertragsabschlusspraxis im unternehmerischen Rechtsverkehr.

Die Ergebnisse zu *Frage 12* (Anbieterseite) und *Frage 18* (Abnehmerseite) zeigen, dass die Vertragsnebenbedingungen nur vergleichsweise selten in Form eines mark-up-fähigen Dokuments (insbesondere einer Word-Datei) übersandt werden (über alle Größenkategorien durchschnittlich 6,9 % bzw. 5,0 % der Vertragsschlüsse). Es dominiert die Übersendung der Bedingungen in Papierform, als PDF oder der

⁶² Siehe Definition in Fn. 46.

Verweis auf die Veröffentlichung im Internet o.ä. (insgesamt 83,4 % auf Anbieterseite und 85,2 % auf Abnehmerseite). Hierbei besteht jedoch ein deutliches Gefälle in Abhängigkeit von der Unternehmensgröße: Bei den einfachen Großunternehmen und den großen Großunternehmen beträgt der Anteil mark-up-fähiger Vertragsnebenbedingungen immerhin 15,8 % bzw. 20,0 % auf Anbieterseite und 9,5 % bzw. 19,6 % auf Abnehmerseite.

Bei der Auswertung von *Frage 13* (Anbieterseite) und *Frage 19* (Abnehmerseite) ist zunächst auffallend, dass über alle Größenkategorien hinweg etwa jeder dritte Vertrag ohne jegliche Verhandlung der Vertragsnebenbedingungen geschlossen wird (31,5 % bzw. 32,2 %). Bei einem weiteren, ähnlich großen Anteil der Vertragsschlüsse (30,0 % bzw. 33,2 %) wird diesbezüglich maximal 30 Minuten verhandelt. In den verbleibenden 38,5 % bzw. 34,6 % der Fälle finden entsprechende Vertragsverhandlungen mit einer Dauer von über 30 Minuten statt. Bezüglich dieser letzten Kategorie zeigt sich erneut ein deutliches größenabhängiges Gefälle: Während Kleinunternehmen durchschnittlich nur in 23,7 % bzw. 24,2 % der Fälle mehr als 30 Minuten verhandeln, liegen diese Werte bei den großen Großunternehmen bei 56,7 % bzw. 59,2 %.

Die Ergebnisse deuten an, dass auch im unternehmerischen Rechtsverkehr Vertragsnebenbedingungen ganz überwiegend nicht ausgehandelt werden und daher als AGB im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB zu qualifizieren sind. Das gilt auch für den Bereich der Großunternehmen, wengleich das Datenmaterial zeigt, dass dort Vereinbarungen, die potenziell als Individualvereinbarung zu qualifizieren sind, häufiger vorkommen. Mit Blick auf die Verhandlungsdauer basiert diese Annahme auf der Einschätzung, dass auch Verhandlungen von maximal 30 Minuten kaum dazu führen dürften, dass signifikante Teile der Vertragsnebenbedingungen den Charakter von Individualvereinbarungen annehmen. Die Form, in der Vertragsnebenbedingungen übersandt werden, ist deshalb beachtlich, weil nur die Übersendung eines mark-up-fähigen Dokuments als explizite Aufforderung verstanden werden kann, die eingeführten Vertragsnebenbedingungen zu modifizieren bzw. darüber in Verhandlungen einzutreten. Das „ernsthafte zur Disposition Stellen“ des gesetzesfremden Kerngehalts von Vertragsbedingungen ist aber nach ständiger Rechtsprechung maßgebliche Voraussetzung dafür, dass aus zunächst vorformulierten Vertragsbedingungen

Individualvereinbarungen im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB werden.⁶³ Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass auch auf Grundlage nicht mark-up-fähiger Dokumente Verhandlungen und Modifikationen stattfinden, in deren Folge einzelne Vertragsbedingungen die Qualität von Individualvereinbarungen erlangen. Das wird nicht zuletzt dadurch belegt, dass der Anteil derjenigen Verträge, in denen zeitintensive Verhandlungen stattfinden über dem Anteil derjenigen Verträge liegt, bei denen die Vertragsnebenbedingungen mittels eines mark-up-fähigen Dokuments eingeführt werden.⁶⁴ Man wird die Übersendung eines nicht mark-up-fähigen Dokuments aber zumindest als Indiz dafür ansehen können, dass eine entsprechende Transformation nicht erfolgt.

Bestätigt wird die große Verbreitung allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die Antworten zu *Frage 22a*, wo die Befragten einschätzen sollten, inwieweit sie sich bei der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen mit Kunden an den Vorgaben der §§ 307 ff. BGB orientieren. Relevant sind hier vor allem die Angaben der Mitarbeiter von Großunternehmen,⁶⁵ die zu 67,9 % (einfache Großunternehmen) bzw. 73,9 % (große Großunternehmen) angeben, sich meistens oder immer an den Vorgaben der §§ 307 ff. BGB zu orientieren. Vor dem Hintergrund, dass der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle in der Praxis tendenziell eher unter- als überschätzt wird,⁶⁶ lassen die Angaben die Einschätzung zu, dass mindestens in Höhe der genannten Prozentsätze die vertraglichen Vereinbarungen tatsächlich den Charakter von AGB haben.

(2) Vertragsgestaltungsaufwand steigt mit Vertragsvolumen

Aus ökonomischer Sicht ist es naheliegend, dass die Vertragsparteien mit steigendem Vertragsvolumen auch bereit sind, einen höheren Aufwand in die Gestaltung und Verhandlung von Verträgen zu investieren. Um zu überprüfen, ob sich dieser

⁶³ Siehe Nachweise oben in Teil D.I.2. Fn. 4. Wobei die bloße Übersendung eines Mark-up-fähigen Dokument als solches nicht dazu führt, dass sämtliche Vertragsnebenbedingungen den Charakter von Individualvereinbarungen erhalten.

⁶⁴ Siehe exemplarisch für große Großunternehmen auf Anbieterseite den Anteil mark-up-fähiger Dokumente von 20,0 % (*Frage 12*) und den Anteil von Vertragsverhandlungen über 4 Stunden von 32,0 % (*Frage 13*).

⁶⁵ Die Häufigkeit der Wahl der Antwortoption „kann ich nicht beurteilen“ (z.B. Kleinstunternehmen: 36,4 %) zeigt, dass mit abnehmender Unternehmensgröße die zur Beantwortung der Frage erforderliche Expertise sinkt. Näher zum juristischen Expertisegefälle in Abhängigkeit von der Unternehmensgröße sogleich unter (3).

⁶⁶ Näher hierzu sogleich unter (3).

Zusammenhang auch empirisch belegen lässt, sind für die Anbieterseite zunächst die Antworten bei *Frage 10* nach dem Vertragsvolumen und *Frage 13* nach dem Verhandlungsaufwand relevant. Eine Korrelationsanalyse zwischen beiden Variablen in einer nach Unternehmensgrößen differenzierten Betrachtung belegt in der Tat, dass ein zunehmender Anteil von Verträgen mit geringem Volumen mit einem wachsenden Anteil von zeitlich kurzen Verhandlungen einhergeht.⁶⁷ Ebenfalls in einer positiven Beziehung stehen der Anteil von Verträgen mit großem Volumen und der Anteil zeitintensiver Verhandlungen. Ein negativer Zusammenhang ist entsprechend bei den übrigen Konstellationen zu beobachten. Zwar sind diese Zusammenhänge nicht durchweg signifikant, doch spricht die Richtung des Zusammenhangs für eine Bestätigung der These. Ein ähnliches Bild zeigt sich bei der Betrachtung des Zusammenhangs auf der Abnehmerseite im Rahmen einer Korrelationsanalyse von *Frage 16* und *Frage 19*, wengleich hier der Zusammenhang etwas weniger deutlich ist.⁶⁸

(3) Juristisches Expertisegefälle in Abhängigkeit von der Unternehmensgröße

Den *Fragen 22a, 29* und *33* ist gemeinsam, dass ihre Beantwortung rechtliche Einschätzungen verlangt und daher juristische Expertise voraussetzt. Betrachtet man die Verteilung derjenigen Befragten, die sich bei diesen Fragen nicht zu einer Einschätzung in der Lage sahen („kann ich nicht beurteilen“), zeigt sich eine signifikante Abhängigkeit von der Unternehmensgröße. Während die Werte bei Mitarbeitern von Kleinstunternehmen in einer Bandbreite von 33,3 % - 51,7 %, den Mitarbeitern von Kleinunternehmen in einer Bandbreite von 36,4 % - 54,1 % und den Mitarbeitern von mittleren Unternehmen in einer Bandbreite von 23,3 % - 34,1 % liegen, liegen sie bei den Mitarbeitern von einfachen Großunternehmen in einer Bandbreite von 7,4 % - 19,6 % und den Mitarbeitern von großen Großunternehmen in einer Bandbreite von 2,7 % - 12,9 %. Die juristische Expertise der befragten Mitarbeiter nimmt hiernach mit der Unternehmensgröße stark zu. Hintergrund ist ersichtlich die mit der Unternehmensgröße steigende Spezialisierung, die sich auch in den Antworten zu den *Fragen 4* und *4a* zum Vorhandensein und zur Größe einer Rechtsabteilung widerspiegelt: Während Kleinstunternehmen nur zu 2,3 %, Kleinunternehmen zu 6,4 % und mittlere Unternehmen zu 28,2 % über eine Rechtsabteilung verfügen, sind dies bei den einfachen Großunternehmen 66,8 % und bei den großen Großunterneh-

⁶⁷ Siehe Korrelationsanalyse unter IV.3.c (*Tabelle 61*).

⁶⁸ Siehe Korrelationsanalyse unter IV.3.c (*Tabelle 62*).

men 96,6 %.

(4) Fehlendes AGB-spezifisches Problembewusstsein

Die Ergebnisse zu den *Fragen 22a, 29* und *33* legen ferner nahe, dass nicht wenige der Befragten Fehleinschätzungen bezüglich der AGB-rechtlichen Rahmenbedingungen unterliegen. Ungeachtet des zuvor unter (3) beschriebenen Expertisegefälles betrifft dies in erheblichem Umfang auch die Mitarbeiter der größeren Unternehmen.

Aussagekräftig (und darüber hinaus für die Bewertung vieler anderer Fragen von großer Bedeutung) sind in diesem Zusammenhang vor allem die Angaben zu *Frage 29*, in der die Befragten um Auskunft gebeten wurden, welcher Umstand aus ihrer Sicht dazu führt, dass eine Haftungsbeschränkung als Individualvereinbarung zu qualifizieren ist. 37,2 % der Mitarbeiter von einfachen Großunternehmen und immerhin noch 11,5 % der Mitarbeiter von großen Großunternehmen meinen, man könne die Qualifikation von Vertragsbedingungen als Individualvereinbarung dadurch sicherstellen, dass die Vertragsparteien dies schriftlich vereinbaren (*Antwortoption 2*; Kleinunternehmen: 35,3 %, Kleinunternehmen: 32,5 %, mittlere Unternehmen: 34,2 %). Tatsächlich entspricht es der einhelligen Meinung in der Rechtsprechung und in der juristischen Literatur, dass eine solche Vereinbarung wirkungslos ist.⁶⁹ Ebenfalls bedeutsam ist die verbreitete Annahme, intensive Verhandlungen des Vertrages würden zur Qualifikation der Haftungsbeschränkungen als Individualvereinbarungen führen (*Antwortoption 6*). Die entsprechende Antwortoption wurde von 40,6 % der Mitarbeiter von einfachen Großunternehmen und 47,4 % der Mitarbeiter von großen Großunternehmen genannt. Tatsächlich geht die ganz herrschende Meinung unter Berufung auf den Wortlaut von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB („soweit“) davon aus, dass nur diejenigen Klauseln, die im einzelnen Gegenstand der Verhandlungen waren, den Charakter von Individualvereinbarungen annehmen können.⁷⁰ Noch so intensive Vertragsverhandlungen machen die Haftungsbeschränkung hiernach nicht zu einer Individualvereinbarung, wenn Gegenstand der Verhandlungen vornehmlich andere Klauseln des Vertrages waren. Hinzu kommt, dass nach ganz herrschender

⁶⁹ Statt vieler *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011 § 305 Rn. 49 m.w.N.

⁷⁰ Statt vieler *Pfeiffer* (Fn. 111), § 305 Rn. 41. Die Auffassung des *LG Frankfurt/M.* ZGS 2003, 396 f., wonach die 45 Stunden andauernden Verhandlungen über einen Vertrag dazu führen, dass sämtliche Klauseln den Charakter von Individualvereinbarungen annehmen, entspricht hiernach nicht der herrschenden Meinung.

Meinung das von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB geforderte „Aushandeln“ mehr als ein bloßes „Verhandeln“ ist.⁷¹ Wenngleich zuzugeben ist, dass die restriktive Sichtweise der herrschenden Meinung Kritik ausgesetzt ist und an dieser Stelle möglicherweise auch die rechtspolitischen Vorstellungen der Befragten eine Rolle spielen, spricht die Wahl der entsprechenden Antwortoption gleichwohl gegen ein ausgeprägtes AGB-spezifisches Problembewusstsein.

Ein weiteres Indiz für das auch bei den größeren Unternehmen vielfach unterentwickelte AGB-spezifische Problembewusstsein folgt aus der Beantwortung der *Fragen 21* und *34*. Obwohl bei *Frage 21* durchschnittlich 81,0 % der Mitarbeiter von einfachen Großunternehmen und 89,0 % der Mitarbeiter von großen Großunternehmen angeben, die Beschränkung der Haftung gegenüber Kunden sei wichtig oder sogar sehr wichtig, widersprechen bei *Frage 34* mit 31,5 % bzw. 43,6 % vergleichsweise wenige derselben Befragten der Aussage, das geltende Recht biete im unternehmerischen Rechtsverkehr ausreichende Möglichkeiten, die Haftung vertraglich zu beschränken.⁷² Vor dem Hintergrund der Erkenntnis, dass auch die von einfachen und großen Großunternehmen getroffenen vertraglichen Vereinbarungen überwiegend als AGB zu qualifizieren sein dürften,⁷³ in AGB wegen der §§ 307 ff. BGB Haftungsbeschränkungen aber kaum in nennenswertem Umfang möglich sind,⁷⁴ legt ein solches Antwortverhalten nahe, dass die Befragten den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle und/oder die Rigidität der AGB-Kontrolle im Bereich der Haftungsbeschränkungen erheblich unterschätzen.

(5) Großes Bedürfnis nach Haftungsbeschränkungen, insbesondere summenmäßigen Haftungsbeschränkungen

Wie bereits erwähnt, lassen die Antworten zu *Frage 21* ein großes Bedürfnis seitens der Unternehmen erkennen, ihre Haftung in ihrer Rolle als *Anbieter* gegenüber unternehmerischen Kunden zu beschränken. Der aggregierte Wert derjenigen, die entsprechende Haftungsbeschränkungen als wichtig oder sogar sehr wichtig bezeichnen, liegt bei 79,0 %. Im Bereich der einfachen Großunternehmen und der großen Großunternehmen liegen die Werte sogar bei 81,0 % bzw. 89,0 %.

⁷¹ Statt vieler *Basedow* (Fn. 78), § 305 Rn. 35 m.w.N.

⁷² Die angegebenen Werte aggregierten die Wahl der Antwortoption „trifft eher nicht zu“ und „trifft überhaupt nicht zu“.

⁷³ Siehe zuvor unter (1).

⁷⁴ Oben unter C.IV.

Als wichtigster Grund für das Bedürfnis nach Haftungsbeschränkungen (*Frage 21a*) wird der Umstand genannt, dass die Haftungsrisiken außer Verhältnis zum Vertragswert stehen (aggregiert: 59,0 %). Die Mitarbeiter von großen Unternehmen wählten diese Antwortoption sogar in 81,5 % der Fälle. Als weitere bedeutsame Gründe für das Bedürfnis nach Haftungsbeschränkungen werden angegeben: Das Erfordernis, die Haftungsbeschränkung von Lieferanten etc. weiterzureichen (aggregiert: 50,5 %), und die Bedeutung der Quantifizierbarkeit der Haftungsrisiken als Voraussetzung der Preiskalkulation (aggregiert: 34,3 %). Im Bereich der einfachen Großunternehmen und der großen Großunternehmen spielen zudem interne Vorgaben eine wesentliche Rolle (44,8 % bzw. 49,9 %).⁷⁵

Befragt danach, welche Formen der Haftungsbeschränkungen (unabhängig von der Frage ihrer rechtlichen Zulässigkeit) als besonders wichtig erachtet werden (*Frage 21b*), geben die Befragten vor allem das Bedürfnis nach summenmäßigen Haftungsbeschränkungen an (aggregiert: 48,4 %). Es folgen der Ausschluss der Haftung für mittelbare Schäden (aggregiert: 34,0 %) und der Ausschluss der Haftung für bestimmte Formen der Fahrlässigkeit (aggregiert: 32,5 %). Bei den Mitarbeitern der einfachen Großunternehmen und der großen Großunternehmen sind die Präferenzen ähnlich verteilt, wobei der Fokus neben den summenmäßigen Haftungsbeschränkungen (54,3 % bzw. 60,2 %) hier vor allem auf dem Ausschluss der Haftung für mittelbare Schäden (37,5 % bzw. 62,6 %) liegt. Mit den als wichtig erachteten Haftungsbeschränkungen korrespondieren im Wesentlichen auch die Angaben zu der Frage nach den Formen der Haftungsbeschränkungen, die andere Unternehmen als Lieferanten etc. mit dem vom Befragten repräsentierten Unternehmen in dessen Rolle als Abnehmer vereinbaren (*Frage 26a*). Auch hier dominieren summenmäßige Haftungsbeschränkungen (aggregiert: 44,4 %), der Ausschluss der Haftung für bestimmte Formen der Fahrlässigkeit (aggregiert: 45,2 %) und der Ausschluss der Haftung für mittelbare Schäden (aggregiert: 37,5 %).

Die Belastbarkeit der Aussagen zum Bedürfnis nach Haftungsbeschränkungen wird indes durch das Antwortverhalten bei den Fragen relativiert, die die umgekehrte Perspektive betreffen, d.h. die Rolle der repräsentierten Unternehmen als *Abnehmer* im Verhältnis zu Zulieferern, Dienstleistern, Subunternehmern etc. in den Blick neh-

⁷⁵ Bei den Werten ist zu beachten, dass eine Mehrfachnennung möglich war.

men: Aggregiert 71,7 % der Befragten geben an, es sei für ihr Unternehmen wichtig oder sogar sehr wichtig, dass die genannten Vertragspartner ihm gegenüber unbeschränkt haften (*Frage 25*). Bei den einfachen Großunternehmen beträgt der Wert sogar 83 % und bei den großen Großunternehmen 78,9 %. Ein solches Antwortverhalten erscheint insoweit schwer verständlich, als Unternehmen in ihrer Rolle als Abnehmer ihrem Vertragspartner gegenüber zu den gleichen Konzessionen bereit sein sollten, die sie von ihren Kunden verlangen.⁷⁶ Man mag allenfalls vermuten, dass bedingt durch den Abstand zwischen den Fragen⁷⁷ viele der Befragten den Zusammenhang nicht hinreichend reflektiert haben und ihr Antwortverhalten stattdessen vorwiegend durch ihr (berufsbedingtes) Bestreben geprägt ist, die Interessen des eigenen Unternehmens zu optimieren.

Befragt nach den Gründen für das Bedürfnis einer unbeschränkten Haftung der Zulieferer etc. (*Frage 25a*) dominiert die Erklärung, Haftungsbeschränkungen könnten nicht bzw. nur teilweise an Kunden weitergegeben werden, weil diese keine Haftungsbeschränkungen akzeptieren (aggregiert: 44,5 %). Es folgen die Antwortoptionen, Haftungsbeschränkungen könnten nicht an Kunden weitergegeben werden, weil es sich bei ihnen um Verbraucher handelt (aggregiert: 29,3 %), bzw. Haftungsbeschränkungen könnten nicht an Kunden weitergegeben werden, weil Verträge mit den Kunden der AGB-Kontrolle unterliegen (aggregiert: 24,6 %). Soweit die letztgenannte Antwortoption gewählt wurde, vermag dies den vermeintlichen Widerspruch zwischen dem Antwortverhalten bei *Frage 21* und dem bei *Frage 25* partiell aufzulösen: Das Bedürfnis nach unbeschränkter Haftung von Lieferanten etc. gegenüber dem eigenen Unternehmen in seiner Rolle als Abnehmer erweist sich insoweit nur als Folge des wegen der §§ 307 ff. BGB unbefriedigten Bedürfnisses, die Haftung als Anbieter gegenüber Kunden wirkungsvoll einschränken zu können.

(6) Reziproker Zusammenhang zwischen Unternehmensgröße und Marktmacht

Die Auswertung der *Fragen 7, 8, 14 und 20* ermöglicht Rückschlüsse auf die Marktmacht der von den Befragten repräsentierten Unternehmen. Insoweit ist zu unterscheiden zwischen der Rolle, die ein Unternehmen als Anbieter gegenüber seinen

⁷⁶ Eine genauere Betrachtung der Angaben bei *Frage 21* und *Frage 25* mittels einer Korrelationsanalyse zeigt, dass viele Befragte beide Sachverhalte gleichzeitig als wichtig empfinden (siehe *Tabelle 63* unter IV.3.c).

⁷⁷ Je nach Antwortverhalten lagen zwischen *Frage 21* und *Frage 25* bis zu 12 andere Fragen.

Kunden einnimmt (Anbieterperspektive), und der Rolle, die es als Abnehmer von Leistungen gegenüber seinen Zulieferern, Dienstleistern, Subunternehmern etc. innehat (Abnehmerperspektive).

Mit Blick auf die Anbieterperspektive ist die Auswertung der *Fragen 7* und *14* maßgeblich. Bei *Frage 7*, die die Einschätzung des Konkurrenzdrucks auf den bedeutendsten Absatzmärkten abfragt, zeigt sich, dass dieser mit zunehmender Unternehmensgröße leicht ansteigt. Summiert man hier die Antworten, die den Konkurrenzdruck als groß oder sehr groß bezeichnen, erhält man folgende Ergebnisse: Kleinstunternehmen 68,1 %, Kleinunternehmen 72,0 %, mittlere Unternehmen 74,5 %, einfache Großunternehmen 77,3 % und große Großunternehmen 89,6 %. Im Wesentlichen bestätigt wird diese Tendenz durch die Antworten bei *Frage 14*, in der danach gefragt wurde, inwieweit das Unternehmen bei Vertragsschlüssen mit Kunden in der Lage ist, seine Vorstellungen von den Vertragsnebenbedingungen durchzusetzen. Kumuliert man hier die Antworten, wonach eine solche Durchsetzung meistens oder immer gelingt, erhält man folgende Ergebnisse: Kleinstunternehmen 60,2 %, Kleinunternehmen 53,0 %, mittlere Unternehmen 56,6 %, einfache Großunternehmen 43,8 % und große Großunternehmen 49,1 %. Die Daten belegen somit, dass die Marktmacht der Unternehmen gegenüber ihren Kunden mit steigender Unternehmensgröße in der Tendenz leicht abnimmt.

Für die Abnehmerperspektive ist die Analyse der *Fragen 8* und *20* maßgeblich. Insgesamt ergibt sich insoweit kein ganz klares Bild. Während bei *Frage 8* nach der Einschätzung der Abhängigkeit von Zulieferern, Dienstleistern, Subunternehmern etc. der Anteil derjenigen, die die Abhängigkeit als groß oder sehr groß einschätzen, sich über alle Größenkategorien hinweg innerhalb einer geringen Bandbreite von 37,8 % - 40,8 % bewegt, deutet der Anteil derjenigen, die die Abhängigkeit als gering oder sehr gering einschätzen, ein gewisses Absinken der Marktmacht mit zunehmender Unternehmensgröße an. Die maßgeblichen Werte lauten: Kleinstunternehmen 32,2 %, Kleinunternehmen 24,2 %, mittlere Unternehmen 23,5 %, einfache Großunternehmen 13,6 % und große Großunternehmen 12,6 %. Insoweit mag es allerdings auch eine Rolle spielen, dass mit zunehmender Unternehmensgröße die Komplexität der Beschaffungsvorgänge und die Anzahl der Zulieferer etc. zunimmt und aus diesem Grund weniger klare Aussagen möglich sind als bei kleineren Unternehmen mit einem vergleichsweise homogenen Kreis von Zulieferern etc. Die Antworten zu der *Frage 20* geben dann auch deutliche Hinweise darauf, dass die

Marktmacht von Unternehmen in ihrer Rolle als Abnehmer mit zunehmender Unternehmensgröße steigt. Befragt danach, ob das Unternehmen des Befragten in der Lage ist, gegenüber Zulieferern etc. seine Vertragsnebenbedingungen durchzusetzen, antworteten die Mitarbeiter von einfachen Großunternehmen zu 71,2 % und die Mitarbeiter von großen Großunternehmen zu 62,9 %, dass dies meistens oder sogar immer der Fall ist. Demgegenüber liegen die Vergleichswerte bei Kleinstunternehmen bei 38,1 %, bei Kleinunternehmen bei 45,4 % und bei mittleren Unternehmen bei 52,3 %. Da *Frage 20* die Auswirkung von Marktmacht in der Praxis betrifft, scheinen die diesbezüglichen Ergebnisse insgesamt belastbarer als die Angaben zu *Frage 8*, die lediglich auf eine subjektive Einschätzung zielt. Tendenziell ist daher davon auszugehen, dass die Marktmacht von Unternehmen in ihrer Rolle als Abnehmer mit zunehmender Unternehmensgröße steigt.

In der Gesamtschau zeigt sich hiernach ein reziproker Zusammenhang zwischen der Unternehmensgröße und der Marktmacht: Während die Marktmacht als Anbieter von Leistungen mit zunehmender Unternehmensgröße eher sinkt, steigt die Marktmacht als Abnehmer von Leistungen mit zunehmender Unternehmensgröße an.

(7) Zusammenhang zwischen den Vertragsvolumen und der Bewertung der bestehenden Gestaltungsspielräume bei der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen

Die vorherrschende Meinung in der Literatur sieht den Schutzzweck der §§ 305 ff. BGB in dem Umstand, dass der Aufwand, der dem mit allgemeinen Geschäftsbedingungen konfrontierten Klauselgegner bei deren Analyse und Verhandlung entstünden, meist außer Verhältnis zu dem von ihm erreichbaren Nutzen steht (prohibitiv hohe Transaktionskosten).⁷⁸ Hieran knüpfen auch eine Reihe von Reformvorschlägen an, die im Kern darauf gerichtet sind, Verträge ab einem bestimmten Gegenstandswert kontrollfrei zu stellen.⁷⁹ Die insoweit zentrale Annahme lautet, dass ab einem bestimmten Gegenstandswert der Unternehmer sich nicht darauf berufen kann, die Auseinandersetzung mit den vom Vertragspartner gestellten Vertragsbedingungen lohne sich für ihn nicht.⁸⁰ Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen ist es

⁷⁸ Siehe Nachweise bei *Basedow* in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, Vor. § 305 Rn. 4 ff..

⁷⁹ Siehe Zusammenfassung der Reformansätze bei *Basedow* (Fn. 78), § 310 Rn. 15. m. umf. N.

⁸⁰ Ausführlich zur Begründung einer Wertgrenze *Leuschner*, JZ 2010, 875 ff., insb. 883 f.

von Interesse, ob sich ein Zusammenhang zwischen den von den Befragten rechtlich betreuten Transaktionsvolumen und ihrer Position im Rahmen der aktuellen Reformdebatte nachweisen lässt. Die insoweit zu verifizierende These lautet, dass je höher die Volumen der Verträge sind, mit deren Abschluss die Befragten betraut sind, desto weniger sie der der *Frage 34* zugrunde gelegten Einschätzung zustimmen, dass die nach geltendem Recht für die Vereinbarung vertraglicher Haftungsbeschränkungen bestehenden Gestaltungsspielräume ausreichend sind.

Für die Überprüfung werden die *Fragen 10* und *34* herangezogen bzw. gegenübergestellt und es wird einer Korrelationsanalyse der jeweils maßgeblichen Variablen durchgeführt.⁸¹ Der verwendete Korrelationskoeffizient nach Pearson signalisiert hierbei die Höhe und die Richtung des Zusammenhangs zwischen zwei Variablen. Der im Rahmen der Analyse gleichzeitig ausgewiesene Signifikanzwert zeigt zudem, ob der Zusammenhang zufälliger oder systematischer Natur ist. Eine erste Analyse signalisiert, dass der Aussage in *Frage 34* in der Tendenz eher zugestimmt wird, wenn der Anteil an Verträgen mit kleineren Volumen (bis 500.000 Euro) zunimmt. Die Aussage wird hingegen tendenziell abgelehnt, wenn der Anteil großvolumiger Verträge zunimmt. Während die Tendenz die aufgestellte These stützt, sind die Zusammenhänge allerdings nicht signifikant. Vor dem Hintergrund der Feststellung, dass das AGB-rechtliche Problembewusstsein bei vielen Befragten wegen rechtlicher Fehleinschätzungen unterentwickelt ist,⁸² wurde in einem weiteren Schritt eine Korrektur vorgenommen: Um den Einfluss derjenigen Befragten herauszufiltern, die Fehleinschätzungen bezüglich der AGB-rechtlichen Rahmenbedingungen unterliegen, wurde die Betrachtung auf diejenigen Befragten beschränkt, die bei *Frage 29* weder die *Antwortoption 2* noch die *Antwortoption 6* gewählt haben.⁸³ Eine auf dieser Grundlage erfolgte Betrachtung der Korrelation zwischen dem Vertragsvolumen und der Zustimmung zu *Frage 34* zeigt nun mit Signifikanz, dass das geltende Recht im unternehmerischen Verkehr dann als nicht ausreichend für die Beschränkung der Haftung angesehen wird, wenn der Anteil großvolumiger Verträge ansteigt. Die Eingangsthese ist hierdurch bestätigt.

⁸¹ Siehe Korrelationsanalyse unter IV.3.c (*Tabelle 64*). Befragte, die ausweislich *Frage 5* überwiegend Verbraucher zu den Kunden zählen, blieben hierbei außer Betracht.

⁸² S.o. unter (4).

⁸³ Nähere hierzu oben unter (4).

Ein naheliegender Einwand gegen die vorliegende Interpretation könnte lauten, dass größere Vertragsvolumen vor allem bei großen Unternehmen auftreten, die wiederum über überdurchschnittlich große Marktmacht verfügen. In der Folge könnte man argumentieren, dass die fehlende Zustimmung bei *Frage 34* nicht auf den hohen Transaktionsvolumen beruhe, sondern auf überdurchschnittlicher Marktmacht. Die Ergebnisse der Studie zeigen jedoch, dass dieser Einwand nicht zutrifft. Die in *Frage 34* abgefragte Einstellung zur Angemessenheit der Gestaltungsspielräume bei der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen betrifft das Unternehmen in seiner Rolle als Anbieter. Diesbezüglich zeigt jedoch die Auswertung der *Fragen 7* und *14*, dass die Marktmacht der Unternehmen als Anbieter gegenüber Kunden mit zunehmender Unternehmensgröße nicht steigt, sondern tendenziell sogar abnimmt.⁸⁴

(8) Kein Zusammenhang zwischen der Marktmacht und der Bewertung der bestehenden Gestaltungsspielräume bei der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen

Ein weiterer Aspekt, der als Schutzzweck der §§ 305 ff. BGB ausgesprochen oder unausgesprochen eine erhebliche Rolle spielt, ist der der Marktmacht. Die Inhaltskontrolle von AGB wird vielfach als Instrument gewertet, die wirtschaftliche Unterlegenheit des Klauselgegners zu kompensieren.⁸⁵ Angesichts dieser Überlegungen ist es interessant, ob ein Zusammenhang zwischen der von den befragten Unternehmensmitarbeitern bei *Frage 34* abgegebenen Einschätzung zu den bei der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen bestehenden Gestaltungsspielräumen und der Marktmacht des von ihnen repräsentierten Unternehmens besteht. Die zu verifizierende These lautet hiernach, dass mit abnehmender Marktmacht die Zustimmung zu der Aussage steigt, wonach die auf Grundlage des geltenden Rechts bestehenden Gestaltungsspielräume bei der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen ausreichend sind. Bei der Überprüfung ist zwischen der Anbieterperspektive und der Abnehmerperspektive zu unterscheiden.

Betrachtet man zunächst die Anbieterperspektive, so wäre auf Grundlage der Ausgangsthese plausibel, dass mit zunehmender Marktmacht und der damit verbundenen Möglichkeit, Haftungsbeschränkungen gegenüber Kunden durchzusetzen, die Zustimmung zu der der *Frage 34* zugrunde gelegten Aussage sinkt. Unter Bestim-

⁸⁴ Hierzu zuvor unter (6).

⁸⁵ Ausführlich *Schäfer*, BB 2012, 1231 ff.

mung der Marktmacht eines Unternehmens als Anbieter anhand der Angaben bei *Frage 7* (empfundener Konkurrenzdruck) und der Angaben bei *Frage 14* (Durchsetzbarkeit von Vertragsnebenbedingungen gegenüber Kunden),⁸⁶ lässt sich ein entsprechender Zusammenhang jedoch nicht nachweisen.⁸⁷ Auch unter Ausschluss derjenigen Befragten, die bei den *Fragen 7* und *14* ambivalent geantwortet haben, änderte sich dieses Ergebnis nicht. Ebenfalls keine abweichenden Erkenntnisse können erzielt werden, indem diejenigen Befragten, die aufgrund ihrer Aussagen bei *Frage 29* ein unterentwickeltes AGB-spezifisches Problembewusstsein offenbart haben, von der Betrachtung ausgenommen werden.⁸⁸

Mit Blick auf die Abnehmerperspektive wäre darzulegen, dass mit abnehmender Marktmacht Unternehmen ein zunehmendes Schutzbedürfnis gegenüber den Versuchen ihrer Zulieferer etc. empfinden, Haftungsbeschränkungen durchzusetzen. Mit abnehmender Marktmacht müssten die Unternehmen daher der *Frage 34* zugrunde gelegten Aussage tendenziell eher zustimmen. Ein entsprechender Zusammenhang wurde unter Anknüpfung an die zur Bestimmung der Marktmacht auf Anbieterseite maßgeblichen Angaben bei *Frage 8* (Abhängigkeit von Zulieferern) und *Frage 20* (Einflussmöglichkeiten auf Vertragsnebenbedingungen gegenüber Zulieferern etc.) auf gleiche Weise wie zuvor für die Anbieterperspektive geprüft. Auch insoweit konnte die Ausgangsthese jedoch nicht belegt werden.

Die Ergebnisse überraschen, weil unabhängig von den Einschätzungen bezüglich des Schutzzwecks der §§ 305 ff. BGB letztlich wenig Zweifel daran bestehen kann, dass marktschwache Unternehmen von der Inhaltskontrolle profitieren, während sich marktstarke Unternehmen durch sie tendenziell eher eingeschränkt sehen. Eine Erklärung für diesen Widerspruch könnte darin liegen, dass in der Praxis die Problematik starker Marktmachtgefälle möglicherweise vor allem in dem Szenario auftritt, dass ein marktschwacher *Anbieter* einem marktstarken *Abnehmer* gegenüber steht. Weil Haftungsbeschränkungen aber die Haftung des Anbieters betreffen und sich hiernach zu dessen Gunsten auswirken, kann dieser eine Haftungsbeschränkung gegenüber dem Abnehmer in den beschriebenen Konstellationen regelmäßig

⁸⁶ Allgemein zu den Erkenntnissen bezüglich der Marktmacht oben unter (6).

⁸⁷ Siehe Korrelationsanalyse unter IV.3.c (*Tabelle 65*).

⁸⁸ Ebenso wie zuvor unter (7) geschildert, wurde die Auswertung auf diejenigen Befragten beschränkt, die bei *Frage 29* weder die Antwortoption 2 noch die Antwortoption 6 gewählt haben.

nicht durchsetzen. Die Frage nach den rechtlichen Grenzen zulässiger Haftungsbeschränkungen, wie sie Gegenstand der *Frage 34* waren, entfaltet dann keine Relevanz. Stattdessen liegt der Fokus der Vertragsgestaltung in den infrage stehenden Konstellationen meist in dem Bestreben des marktmächtigen Abnehmers, die Haftung des Anbieters gegenüber den gesetzlichen Standards durch Garantien, Schadenspauschalen etc. zu *erweitern*. Aus rechtlicher Sicht rückt dabei die Frage in den Mittelpunkt, welche Freiräume bzw. Grenzen die Rechtsordnung für entsprechende Gestaltungen vorsieht. Eine diesbezügliche Einschätzung, auf deren Grundlage sich möglicherweise ein Zusammenhang zwischen der Marktmacht und der Einstellung gegenüber der AGB-Kontrolle hätte belegen lassen, war jedoch mit Blick auf den auf Haftungsbeschränkungen begrenzten Untersuchungsauftrag nicht Gegenstand des Fragebogens.

d) Ergebnisse der einzelnen Teile des Fragebogens

Nachfolgend werden die Ergebnisse der einzelnen Teile des Fragebogens zusammengefasst und auf verschiedene Besonderheiten hingewiesen, soweit diese nicht bereits Gegenstand der vorangegangenen Darstellung waren.

(1) Allgemeine Angaben zum Unternehmen (Teil A)

Wesentliche Angaben zu den Fragen aus Teil A betreffend die Zusammensetzung der Stichprobe wurden bereits zuvor unter b) erläutert. Die Daten zur Kunden- und Zuliefererstruktur der Unternehmen (*Fragen 5, 5a und 6*) dienen primär dazu, den weiteren Verlauf der Befragung in den Abschnitten B und C zu steuern und sind daher vorliegend zu vernachlässigen. Unabhängig vom Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bemerkenswert erscheint allerdings, dass im Durchschnitt 36,3 % der repräsentierten Unternehmen überwiegend Verbraucher als Kunden haben und der Anteil selbst bei Großunternehmen und großen Großunternehmen noch bei durchschnittlich 23,2 % bzw. 27,1 % liegt (*Frage 5*).⁸⁹ Die Ergebnisse der auf die subjektive Wahrnehmung der Marktmacht zielenden *Fragen 7 und 8* wurden bereits zuvor dargestellt.⁹⁰

⁸⁹ Die Ergebnisse liegen so hoch, dass die Vermutung besteht, manche Befragte haben die Antwortoption „überwiegend Verbraucher“ allein deshalb gewählt, weil sie überwiegend Verbrauchsgüter produzieren, ohne aber diese unmittelbar gegenüber den Verbrauchern zu vertreiben.

⁹⁰ Oben unter c.(6).

(2) Vertrags- und Abschlussmodalitäten (Teil B)

Die Ergebnisse zu *Frage 9* (Anbieterseite) und *Frage 15* (Abnehmerseite) belegen, dass sowohl auf der Anbieterseite (Verhältnis des Unternehmens zu seinen Kunden) als auch der Abnehmerseite (Verhältnis des Unternehmens zu seinen Zulieferern, Dienstleistern, Subunternehmern etc.) von Unternehmen der Anteil grenzüberschreitender Vertragsschlüsse mit der Unternehmensgröße steigt. So beträgt beispielsweise auf der Anbieterseite der durchschnittliche Anteil grenzüberschreitender Verträge bei Kleinstunternehmen und Kleinunternehmen 21,5 % bzw. 17,8 %, während er bei einfachen Großunternehmen und großen Großunternehmen im Durchschnitt 33,4 % bzw. 50,9 % beträgt.

Gemäß den Angaben zu der *Frage 10* (Anbieterseite) und der *Frage 16* (Abnehmerseite) steigt der Anteil großvolumiger Verträge (gemessen an der Gegenleistung) mit der Unternehmensgröße. Ein signifikanter Unterschied zwischen der Anbieter- und der Abnehmerseite besteht insoweit nicht. Betrachtet man beispielhaft die Anbieterseite (*Frage 10*), so liegt hier der durchschnittliche Anteil von Verträgen über 1 Mio. Euro über sämtliche Größenkategorien hinweg bei lediglich 10,0 % während er bei einfachen Großunternehmen bei 26,8 % und bei großen Großunternehmen bei 31,5 % liegt.

Mit Blick auf die *Frage 11* (Anbieterseite) und *Frage 17* (Abnehmerseite) fällt zunächst auf, dass bei etwa jedem fünften Vertragsschluss (19,5 % bzw. 23,2 %) beide Seiten der jeweils anderen Seite Vertragsnebenbedingungen zusenden. Da davon auszugehen ist, dass die Vertragsnebenbedingungen in der Folge vielfach nicht miteinander abgestimmt werden,⁹¹ dürfte die Anzahl der Fälle, in denen es zu einer Kollision von AGB kommt, entsprechend hoch sein.⁹² Ferner wird durch den Vergleich der Ergebnisse der beiden Fragen deutlich, dass insbesondere bei Kleinstunternehmen die Rolle desjenigen, der die Vertragsnebenbedingung in den Vertragsschluss einführt, tendenziell mit der Rolle des Anbieters verknüpft ist (als Anbieter führen Kleinstunternehmen die Vertragsnebenbedingung in durchschnittlich 44,8 %⁹³ der Fälle ein, als Abnehmer nur in durchschnittlich 20,6 % der Fälle). Insbe-

⁹¹ Hierfür sprechen die Ergebnisse zu den *Fragen 13* und *19*.

⁹² Zu den rechtlichen Konsequenzen u.a. *Ulmer/Habersack* (Fn. 69), § 305 Rn. 182 ff.

⁹³ Bei dem Wert gilt es zu beachten, dass 45 % auf die Antwortoptionen „Beide Seiten legen Bedingungen vor“ und „Es werden (neben Preis und Leistungsbeschreibung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart“ entfallen.

sondere bei den großen Großunternehmen ist eine entsprechende Rollenverteilung nicht festzustellen (diese führen als Anbieter die Vertragsnebenbedingungen in durchschnittlich 37,1 % der Fälle ein, als Abnehmer in durchschnittlich 43,6 % der Fälle). Hintergrund ist sicherlich (auch) die mit der Unternehmensgröße auf Abnehmerseite steigende Marktmacht,⁹⁴ die dazu führt, dass die größeren Unternehmen auch in ihrer Rolle als Abnehmer häufig die Vertragsnebenbedingungen stellen.

Die Ergebnisse zu den *Fragen 12* und *13* (Anbieterseite) und den *Fragen 18* und *19* (Abnehmerseite) wurden bereits zuvor analysiert.⁹⁵

Die *Frage 13a* (Anbieterseite) und *Frage 19a* (Abnehmerseite) betreffen die Gründe für fehlende Verhandlungen über Vertragsnebenbedingungen. Die Antworten zeigen, dass Hauptursache nicht stattfindender Verhandlungen ist, dass das vom Befragten repräsentierte Unternehmen selbst seine (59,9 % bzw. 39,1 %) bzw. die Gegenseite ihre (40,7 % bzw. 44,5 %) Bedingungen ganz oder annähernd unverändert durchsetzt und/oder das Vereinbarte Marktstandard ist (47,4 % bzw. 56,8 %).⁹⁶ Daneben spielen Kosten-Nutzen-Erwägungen mit zunehmender Unternehmensgröße ebenfalls eine Rolle. Von den Mitarbeitern einfacher Großunternehmen wurden sie zu 48,3 % bzw. 30,4 % genannt, von den Mitarbeitern der großen Großunternehmen zu 34,0 % bzw. 34,5 %.

Die Antworten zu den *Fragen 14* und *20* lassen die zuvor erwähnten Rückschlüsse auf die Marktmacht zu.⁹⁷

(3) Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse (Teil C)

Bereits zuvor wurden die Ergebnisse zu den *Fragen 21, 21a, 21b* bezüglich des Bedürfnisses von Unternehmen, ihren Kunden gegenüber die Haftung zu beschränken, sowie die diesem Bedürfnis zu Grunde liegenden Ursachen und die als wichtig erachteten Formen von Haftungsbeschränkungen dargestellt.⁹⁸ Ebenfalls hingewiesen wurde an dieser Stelle auf die entsprechenden Ergebnisse zu den die Abnehmerperspektive betreffenden *Fragen 25* und *25a* bezüglich des Bedürfnisses nach unbeschränkter Haftung von Zulieferern etc. sowie der diesbezüglichen Gründe.

⁹⁴ Oben unter c.(6).

⁹⁵ Oben unter c.(1).

⁹⁶ Bei den Werten ist zu beachten, dass eine Mehrfachnennung möglich war.

⁹⁷ Siehe c.(6).

⁹⁸ Siehe c.(5).

Ausweislich der Antworten zu den *Fragen 22* (Anbieterseite) und *26* (Abnehmerseite) vereinbaren die Unternehmen in ihrer Rolle als Anbieter durchschnittlich in 59,7 % (aggregiert) der Fälle und ihrer Rolle als Abnehmer in durchschnittlich 40,0 % (aggregiert) der Fälle Haftungsbeschränkungen. Die Antworten zu beiden Fragen weisen hierbei ein deutliches größenabhängiges Gefälle auf: Während etwa Kleinunternehmen Haftungsbeschränkungen nur in 44,4 % bzw. 31,6 % der Fälle vereinbaren, sind es bei den großen Großunternehmen 69,3 % bzw. 59,0 %. Es verwundert, dass die Werte bezüglich der Anbieterseite durchweg deutlich höher sind als in Bezug auf die Abnehmerseite. Mit Blick darauf, dass die meisten in der Stichprobe vertretenen Unternehmen sowohl auf Anbieter- als auch auf Abnehmerseite mit anderen Unternehmen kontrahieren, sollten die Werte eigentlich auf einem ähnlichen Niveau liegen. Es lässt sich nur vermuten, dass die Abweichungen auf einer selektiven Wahrnehmung bzw. Erinnerung beruhen, wonach die das Unternehmen auf Anbieterseite begünstigenden Haftungsbeschränkungen stärker im Bewusstsein sind als die das Unternehmen auf Abnehmerseite belastenden Haftungsbeschränkungen.

Die Angaben zu *Frage 22a* nach dem Ausmaß, in dem sich die Unternehmen bei der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen mit Kunden an den §§ 307 ff. BGB orientieren, wurden bereits zuvor erörtert.⁹⁹ Bezüglich der Gründe für die teilweise Nichtorientierung an den §§ 307 ff. BGB dominiert gemäß den Angaben zu *Frage 22aa* die Einschätzung der Befragten, die jeweiligen Haftungsbeschränkungen seien als Individualvereinbarungen zu qualifizieren (aggregiert: 38,2 %). Im Fall der großen Großunternehmen wird diese Antwortoption sogar von 82,7 % der Befragten gewählt. Im Übrigen spielt der Mangel an juristischen Ressourcen bei den Unternehmen sämtlicher Größenkategorien mit Ausnahme der großen Großunternehmen eine maßgebliche Rolle (aggregiert: 34,9 %).¹⁰⁰ Darüber hinaus wird von den Mitarbeitern von Großunternehmen häufig der Grund genannt, dass die Vereinbarungen ausländischem Recht unterfallen und die §§ 307 ff. BGB daher keine Anwendung finden (einfache Großunternehmen: 31,2 %; große Großunternehmen 73,0 %). Schließlich wächst mit zunehmender Unternehmensgröße die Verbreitung der Stra-

⁹⁹ Siehe c.(1) und c.(3).

¹⁰⁰ Insoweit tritt eine große Diskrepanz zwischen den Mitarbeitern von einfachen Großunternehmen und denen von großen Großunternehmen zu Tage: Während Erstere zu 47,9 % mangelnde juristische Ressourcen als Grund nennen, wird dieser Grund von Letzteren nicht ein einziges Mal genannt.

ategie, Haftungsbeschränkungen ungeachtet ihrer Unvereinbarkeit mit den §§ 307 ff. BGB zu vereinbaren, um die eigene Verhandlungsposition zu stärken. Diese Antwortoption wurde von 33,6 % der Mitarbeiter einfacher Großunternehmen und 39,2 % der Mitarbeiter großer Großunternehmen gewählt.¹⁰¹

Sowohl bei den Gründen für den Verzicht auf Haftungsbeschränkungen in der Rolle als Anbieter (*Frage 22b*) als auch den Gründen für die Akzeptanz von Haftungsbeschränkungen des Vertragspartners in der Rolle des Abnehmers (*Frage 26b*) dominiert als Antwort die mangelnde Verhandlungsmacht (aggregiert: 44,8 % bzw. 50,6 %). Die Werte steigen hierbei mit der Unternehmensgröße deutlich an (große Großunternehmen: 80,5 % bzw. 73,0 %). Das kann mit Blick auf die Formulierung der Frage aber nicht als Indiz für eine geringere Marktmacht größerer Unternehmen gewertet werden, sondern dürfte eher darauf zurückzuführen sein, dass mit steigender rechtlicher Expertise, bestehende Gestaltungsspielräume konsequenter ausgenutzt werden. Folglich konzentrieren sich die Fälle, in denen keine Haftungsbeschränkungen vereinbart werden, auf die Konstellationen, in denen sie nicht durchgesetzt werden konnten. Bezüglich der Gründe für den Verzicht auf Haftungsbeschränkungen (*Frage 22b*) fällt weiter auf, dass eine Einpreisung von Haftungsrisiken – wohl aufgrund des Preisdrucks – kaum möglich zu sein scheint (die Einpreisung von Risiken wird als Grund angegeben von aggregiert: 4,9 %). Bezüglich der Gründe, weshalb Unternehmen als Abnehmer Haftungsbeschränkungen akzeptieren (*Frage 26b*), wird neben der fehlenden Durchsetzbarkeit die Branchenüblichkeit der Haftungsbeschränkung häufig genannt (aggregiert: 34,7 %).¹⁰²

Die *Fragen 23, 23a, 23aa* betreffen die Möglichkeit eines Versicherungsschutzes für die aus Verträgen mit Kunden resultierenden vertraglichen Haftungsrisiken. Die Antworten zu *Frage 23* zeigen, dass jedenfalls mit steigender Unternehmensgröße ein entsprechender Versicherungsschutz grundsätzlich erhältlich ist. So geben beispielsweise 87,2 % der Mitarbeiter von großen Großunternehmen an, dass ein Versicherungsschutz angeboten bzw. eingeschränkt angeboten wird. Laut der Antworten bei *Frage 23a* wird der Versicherungsschutz auch für die deutliche Mehrzahl der mit Kunden abgeschlossenen Verträge in Anspruch genommen (aggregiert:

¹⁰¹ Bei den Werten zu *Frage 22a* ist zu beachten, dass eine Mehrfachnennung möglich war.

¹⁰² Bei den Werten zu den *Fragen 22b* und *26b* ist zu beachten, dass eine Mehrfachnennung möglich war.

65,8 %), wobei die Werte mit zunehmender Unternehmensgröße deutlich ansteigen (Kleinstunternehmen: 51,9 %; große Großunternehmen 77,4 %). Wenn man berücksichtigt, dass bei *Frage 22b* lediglich 16,9 % der Mitarbeiter von großen Großunternehmen Versicherungsschutz als Grund für den Verzicht auf Haftungsbeschränkungen angeben, so macht dies deutlich, dass Versicherungsschutz nicht als Ersatz für Haftungsbeschränkungen dient, sondern typischerweise neben diesen tritt. Grund hierfür dürfte sein, dass der Versicherungsschutz stets auf eine Deckungssumme begrenzt ist und Unternehmen daher vielfach versuchen, durch summenmäßige Haftungsbeschränkungen zwischen dem Haftungsrisiko und der Deckungssumme Kongruenz herzustellen. Die Antworten zu *Frage 23aa* nach den Gründen für den (teilweisen) Verzicht auf Versicherungsschutz ergeben ein eher uneinheitliches Bild. Gleichmäßig über alle Größenkategorien hinweg zeichnet sich lediglich ab, dass der Verzicht auf Versicherungsschutz vielfach auf Kostenerwägungen beruht (aggregiert: 32,3 %). Vor allem bei den kleineren Unternehmen ist ferner häufig die Einschätzung handlungsleitend, die infrage stehenden Haftungsrisiken seien gering (Kleinstunternehmen: 43,1 %; Kleinunternehmen: 33,3 %, mittlere Unternehmen: 31,5 %). Schließlich geben 33,4 % der Mitarbeiter von großen Großunternehmen an, wegen der Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen auf Versicherungsschutz zu verzichten.¹⁰³

Die *Fragen 27, 27a* und *27aa* betreffen den Versicherungsschutz gegenüber pflichtwidrigem Verhalten von Zulieferern, Dienstleistern, Subunternehmern etc. Die Antworten zu *Frage 27* zeigen, dass ein entsprechender Versicherungsschutz allenfalls eingeschränkt erhältlich ist: Nur 10,3 % (aggregiert) bejahen die uneingeschränkte Erhältlichkeit des Versicherungsschutzes. Vor diesem Hintergrund überrascht es, dass ausweislich *Frage 27a* doch ein nicht unerheblicher Anteil der mit Zulieferern etc. abgeschlossenen Verträge von Versicherungsschutz erfasst sind (aggregiert: 41,1 %). Der Anteil steigt hierbei deutlich mit zunehmender Unternehmensgröße (Kleinstunternehmen: 32,4 %; große Großunternehmen: 59,2 %). Bezüglich der Gründe für die Nichtinanspruchnahme von Versicherungsschutz (*Frage 27aa*) dominiert der Hinweis auf die zu hohen Kosten (aggregiert: 44,5 %) sowie die Geringfügigkeit der Risiken (aggregiert: 43,7 %).

¹⁰³ Bei den Werten zu der *Frage 23aa* ist zu beachten, dass eine Mehrfachnennung möglich war.

Bei der Auswertung von *Frage 24* wird deutlich, dass sich Unternehmen ungeachtet des hohen Bedürfnisses nach Haftungsbeschränkungen (*Frage 21*) ihren Kunden gegenüber selten auf Haftungsbeschränkungen berufen. Betrachtet man bezüglich der in den letzten zwei Jahren erfolgten Berufungen den Median,¹⁰⁴ so liegt dieser bei Kleinstunternehmen, Kleinunternehmen und mittleren Unternehmen bei 0, bei einfachen Großunternehmen bei 1 und bei großen Großunternehmen bei 4. Basierend auf den Angaben derjenigen Befragten, die hiernach von der Berufung auf Haftungsbeschränkungen gegenüber Kunden berichten können, wurde die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkungen von den Kunden in 38,1 % (aggregiert) der Fälle infrage gestellt (*Frage 24a*). In der Folge kam es überwiegend zu einer außergerichtlichen Konfliktlösung (aggregiert: 66,3 %; *Frage 24aa*). In 23,1 % (aggregiert) der Fälle haben die Kunden die Haftungsansprüche nicht mehr weiter verfolgt.

Auch die Auswertung von *Frage 28*, die mögliche Ersatzansprüche der Unternehmen gegenüber ihren Lieferanten etc. thematisiert, belegt, dass die Berufung auf Haftungsbeschränkungen in der Praxis selten vorkommt. Der Median¹⁰⁵ liegt hier für alle Größenkategorien bei 0. Eine Ausnahme bilden allein die großen Großunternehmen, für die der Median 2 beträgt. In etwa jedem zweiten Fall haben die Unternehmen dabei die Haftungsbeschränkungen des Vertragspartners infrage gestellt (aggregiert: 50,5 %; *Frage 28a*). Ausweislich *Frage 28aa* wurden die Konflikte ganz überwiegend außergerichtlich beigelegt (aggregiert: 79,8 %). In durchschnittlich 13,8 % der Fälle (aggregiert) haben die Unternehmen die Ersatzansprüche nicht weiter verfolgt.

(4) Umgang mit dem AGB-Recht; Einschätzung des geltenden Rechts (Teil D)

Auf die Ergebnisse bei *Frage 29* (Qualifizierung einer Haftungsbeschränkung als Individualvereinbarung) wurde bereits verschiedentlich eingegangen.¹⁰⁶ An dieser Stelle bleibt darauf hinzuweisen, dass auch die von einfachen und großen Großunternehmen vielfach gewählte *Antwortoption 1* (textliche Änderung der Haftungsbeschränkung; 29,7 % bzw. 46,4 %) und die *Antwortoption 3* (intensive Verhandlungen

¹⁰⁴ Die Mittelwerte sind an dieser Stelle wenig aussagekräftig, weil sie stark durch einzelne „Ausreißer“ beeinflusst werden. So hat beispielsweise ein Unternehmen aus der Branche „Verkehr und Lagerei“ 40.000 Berufungen auf Haftungsbeschränkungen angegeben und auf diese Weise den Durchschnittswert für große Großunternehmen auf 944,6 angehoben.

¹⁰⁵ S. Anm. Fn. 104.

¹⁰⁶ Insbesondere oben unter c.(4).

über die Modalitäten der Haftungsbeschränkung; 54,2 % bzw. 76,1 %) von einem nicht hinreichend ausgeprägten Problembewusstsein zeugen.¹⁰⁷ Legt man die Formel des BGH zu Grunde, wonach der *gesetzesfremde Kerngehalt* ernsthaft zur Disposition gestellt werden muss,¹⁰⁸ setzt die Qualifikation der Haftungsbeschränkung als Individualvereinbarung letztlich voraus, dass der Verwender grundsätzlich bereit war, auf sie zu verzichten (*Antwortoption 5*).¹⁰⁹ Ein bloßes Aushandeln der Modalitäten der Haftungsbeschränkung (*Antwortoption 3*) erfüllt diese Anforderungen nicht.¹¹⁰ Gleiches gilt für die textliche Änderung der Haftungsklausel (*Antwortoption 1*).¹¹¹

Die Antworten zu *Frage 30* zeigen, dass die viel diskutierte¹¹² „Flucht in das ausländische Recht“ vorkommt. Auch wenn es sich um kein Massenphänomen handelt, geben immerhin 9,4 % der Mitarbeiter einfacher Großunternehmen und 11,5 % der Mitarbeiter der großen Großunternehmen an, mindestens gelegentlich Verträge mit inländischen Unternehmen ausländischem Recht zu unterstellen, um der (möglichen) Anwendung der §§ 305 ff. BGB zu entgehen. Die Ergebnisse bestätigen insoweit die Erkenntnisse aus der Umfrage 1 unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit.¹¹³ Bei den kleineren Unternehmen spielt eine solche Strategie hingegen keine nennenswerte Rolle.

Die Ergebnisse zu *Frage 31* belegen, dass die Inhaltskontrolle auf Grundlage der §§ 305 ff. BGB in einer nicht unerheblichen Anzahl von Fällen von ausländischen Vertragspartnern als Grund gegen die Wahl deutschen Rechts angeführt wird. Über sämtliche Größenkategorien betrachtet geben immerhin 16,9 % (aggregiert) der Befragten an, dass dies zumindest gelegentlich vorkommt. Bei den einfachen Großun-

¹⁰⁷ Bei den Werten ist zu beachten, dass eine Mehrfachnennung möglich war.

¹⁰⁸ Siehe Nachweise oben in Teil D.I.2.

¹⁰⁹ Das dies – zumindest ohne entsprechende Konzessionen – realitätsfremd ist, steht auf einem anderen Blatt.

¹¹⁰ Hierzu bereits oben unter D.I.2.

¹¹¹ Textliche Änderungen können ein Indiz dafür sein, dass Verhandlungen stattgefunden haben (vgl. Pfeiffer in: Wolf/Horn/Lindacher, Kommentar zum AGB-Gesetz, 4. Aufl. 1999, § 305 Rn. 40, Ulmer/Habersack (Fn. 69), § 305 Rn. 63), doch kann man von einer textlichen Änderung der Haftungsklausel sicherlich nicht ohne Weiteres darauf schließen, dass der Verwender die Haftungsbeschränkung als solche zur Disposition gestellt hat.

¹¹² Siehe u.a. Müllerer/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658, 2662 f.

¹¹³ Oben unter II.4.d.

ternehmen sind es 25,4 % und bei den großen Großunternehmen 25,2 %. Auch insoweit bestätigen die Ergebnisse die Erkenntnisse aus der Umfrage 1.¹¹⁴

Die Antworten zu *Frage 32* zeigen, dass Unternehmen aller Größenkategorien zuweilen bewusst von Vertragsverhandlungen absehen, um sicherzustellen, dass der geschlossene Vertrag der Inhaltskontrolle auf Grundlage der 305 ff. BGB unterliegt. Insgesamt gaben 20,6 % (aggregiert) der Befragten an, eine solche Strategie mindestens gelegentlich zu verfolgen. Die höchsten Werte wurden bei den großen Großunternehmen (32,1 %) und den Kleinstunternehmen (21,8 %) erzielt.

Mit der *Frage 33* wurden die Befragten um eine Einschätzung gebeten, ob auf Grundlage des geltenden Rechts klar zu erkennen ist, ob im Einzelfall eine vertragliche Haftungsbeschränkung der AGB-Kontrolle unterliegt. Wenn insoweit über alle Größenkategorien hinweg 19,7 % (aggregiert), aus dem Bereich der einfachen Großunternehmen 21,1 % und aus dem Bereich der großen Großunternehmen 30,2 % der Befragten meinen, die Erkennbarkeit treffe „eher zu“ oder sogar „voll zu“, kann dies nur als weiteres Indiz für fehlendes Problembewusstsein gewertet werden.¹¹⁵ Zwar wird in der Tat in vielen Fällen, in denen überhaupt nicht oder nur minimal verhandelt wurde (*Fragen 13* und *19*), kein ernsthafter Zweifel an der AGB-Qualität der Haftungsbeschränkung bestehen. Umgekehrt dürfte allerdings in den seltensten Fällen der Charakter eine Haftungsbeschränkung als Individualvereinbarung klar zu bestimmen sein. Die insoweit in der Kommentarliteratur diskutierten Fragestellungen (Individualvereinbarung trotz unveränderter Übernahme des vorformulierten Textes, Mitteilung der Verhandlungsbereitschaft ohne anschließende Verhandlung, Bedeutung von Wahlmöglichkeiten des Kunden, planmäßige Abweichungen etc.)¹¹⁶ belegen eindrucksvoll, dass auf Grundlage der strengen Anforderungen des BGH zahllose Unsicherheiten bestehen. Hinzu kommt (neben Beweisproblemen)¹¹⁷ das Grundproblem, dass ausweislich des Wortlautes von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB die Wirkung des Aushandelns grundsätzlich auf die einzelne Klausel beschränkt ist und es einen „Individualvertrag“, der vollständig der AGB-Kontrolle entzogen ist, kaum einmal geben dürfte.

¹¹⁴ Oben unter II.4.d.

¹¹⁵ Ausführlich oben unter c.(4).

¹¹⁶ Im Einzelnen *Ulmer/Habserack*, (Fn. 69), § 305 Rn. 45 ff.

¹¹⁷ Hierzu *Pfeiffer* (Fn. 111), § 305 Rn. 60 ff.; *Ulmer/Habserack* (Fn. 69), § 305 Rn. 62 ff.

Frage 34 bittet schließlich die Befragten um eine Einschätzung, ob sie die auf Grundlage des geltenden Rechts bestehenden Möglichkeiten, im unternehmerischen Geschäftsverkehr die Haftung vertraglich zu beschränken, für ausreichend erachten. Über alle Größenkategorien hinweg betrachtet, ist das Meinungsbild verhältnismäßig ausgeglichen: 24,0 % (aggregiert) stimmen der Aussage, dass die Gestaltungsspielräume ausreichend sind, voll oder zumindest eher zu, 19,4 % (aggregiert) sind hingegen der Meinung, dies treffe nicht oder überhaupt nicht zu. Betrachtet man die einzelnen Größenkategorien, zeigt sich ein deutlicher Zusammenhang zwischen der Zustimmungsrate und der Unternehmensgröße: Während die Zustimmung bei den Kleinstunternehmen (22,9 % zu 15,8 %) den Kleinunternehmen (16,5 % zu 12,1 %) und den mittleren Unternehmen (29,3 % zu 19,3 %) überwiegt, ist das Verhältnis bei den einfachen Großunternehmen (32,1 % zu 31,5 %) und den großen Großunternehmen (28,5 % zu 43,6 %) umgekehrt. Wie zuvor ausgeführt,¹¹⁸ lässt sich dies damit erklären, dass mit steigender Unternehmensgröße tendenziell auch die Volumina, der von den Befragten betreuten Verträge, steigen. Angesichts des bei vielen Befragten festzustellenden Mangels an AGB-spezifischem Problembewusstsein,¹¹⁹ kommt den Ergebnissen zu *Frage 34* indes nur begrenzte Aussagekraft zu.

IV. Statistische Anmerkungen und Ergebnisdetails

1. Vorbemerkungen zur Datenanalyse und Ergebnisdarstellung

Im Rahmen der Datenerhebung wurden in beiden Umfragen vielfältige Fragetypen verwendet.¹²⁰ Diese Fragetypen weisen unterschiedliche Arten der Messung von Daten auf, die sich letztlich in den Antwortoptionen bzw. der Art der Antwortoptionen widerspiegelt. So ist den Fragebögen zu entnehmen, dass bei einigen Fragen offene Nennungen von Zahlenwerten gewünscht waren, bei anderen Fragen eine Einfachauswahl gefordert war, während bei einer weiteren Kategorie von Fragen beispielsweise die Wichtigkeit eines Sachverhalts auf einem Kontinuum von „gar nicht wichtig“ bis „sehr wichtig“ bewertet werden sollte. Diese Eigenschaft von Fragen, in der empirischen Forschung als Skalen- bzw. Messniveau bezeichnet, hat bedeutende Implika-

¹¹⁸ Siehe unter c.(7).

¹¹⁹ Ausführlich oben unter c.(4).

¹²⁰ Siehe die Abbildung der vollständigen Fragebögen unter H. Zu den unterschiedlichen Fragetypen ausführlich *Hüttner/Schwarting* (Fn. 40), S. 107 ff.; *Porst* (Fn. 4), S. 53 ff.

tionen für den Umgang mit den Daten bei der Analyse und der Ergebnisdarstellung.¹²¹ Grundsätzlich werden folgende, für diese Studie relevanten Skalenniveaus bzw. Skalen unterschieden:

- Nominalskala, z.B. Geschlecht
- Ordinalskala, z.B. Schulnoten
- Kardinalskala,¹²² z.B. Alter

Für eine geeignete Darstellung der Ergebnisse mittels Tabellen und Diagrammen ist das Skalenniveau von wesentlicher Bedeutung. Von noch größerer Relevanz ist das Skalenniveau allerdings für die Entscheidung, anhand welcher Parameter die Ergebnisse dargestellt werden. Hierbei handelt es sich um Kennzahlen, welche die große Menge an Informationen zu einer Frage auf eine einzige bzw. wenige Zahlen reduzieren. Dabei existieren mehrere solcher Parameter, deren gleichzeitige Präsentation den Informationsverlust durch die mit ihnen verbundene Verdichtung von Informationen ausgleichen soll. Der Vorteil dieses Vorgehens ist die Reduktion der Komplexität, die durch die Darstellung vollständiger Verteilungen (also die Abbildung sämtlicher Antworten) entsteht. Von Bedeutung sind vor allem zwei Arten von Kennzahlen: Lagemaße und Streuungsmaße.¹²³

Lagemaße sind Indikatoren für die zentrale Tendenz einer Verteilung. Hier interessiert vor allem, wie eine Variable im Mittel ausgeprägt ist. Zu nennen sind hier der Modus, der Median und der Mittelwert. Der Modus stellt den häufigsten Wert dar. Der Median ist der mittlere Wert einer Reihe von auf- bzw. absteigend sortierten Werten. Der Mittelwert (arithmetisches Mittel) ist der Quotient aus der Summe aller beobachteten Werte und der Anzahl der Werte.

Streuungsmaße signalisieren hingegen die Streubreite einer Verteilung und deuten damit an, wie stark dem ausgewiesenen Mittelwert vertraut werden kann. Im Regelfall wird die Standardabweichung verwendet, die als mittlerer Fehler des Mittelwerts zu interpretieren ist. Folglich ist eine hohe Standardabweichung ein Indiz dafür, dass ein gegebener Mittelwert vorsichtig zu interpretieren ist. Um für die vor-

¹²¹ Ausführlich *Hüttner/Schwarting* (Fn. 40), S. 107 ff.; *Kuß* (Fn. 5), S. 194 ff.

¹²² Die Kardinalskala wird in der Literatur häufig weiter differenziert. Dabei werden die Intervallskala und die Ratioskala genannt (u.a. *Kuß* (Fn. 5), S. 195). Für die vorliegende Studie ist diese Unterscheidung jedoch nicht von Bedeutung.

¹²³ Siehe u.a. *Kuß* (Fn. 5), S. 199.

liegende Studie die korrekten Parameter zu identifizieren, sind in der folgenden *Tabelle 1* sämtliche im Fragebogen berücksichtigten Fragetypen aufgelistet und dem entsprechenden Skalenniveau zugeordnet:

Fragetyp		Verwendete Antwortoptionen ¹²⁴	Skalenniveau
#1	Einfachauswahl	z. B. Ja, Nein, (Eingeschränkt)	Nominalskala
	Mehrfachauswahl	z. B. Abfrage von Gründen für ein bestimmtes Verhalten	Nominalskala
#2	Anteil	1. ca. 0% 2. ca. 20% 3. ca. 40% 4. ca. 60% 5. ca. 80% 6. ca. 100%	Ordinal-/Kardinalskala
	Ausmaß	1. Sehr hoch 2. Hoch 3. Durchschnittlich 4. Gering 5. Sehr gering	Ordinal-/Kardinalskala
	Häufigkeiten	1. Nie 2. Selten 3. Gelegentlich 4. Meistens 5. Immer	Ordinal-/Kardinalskala
	Wichtigkeiten	1. Gar nicht wichtig 2. Etwas wichtig 3. Wichtig 4. Sehr wichtig	Ordinal-/Kardinalskala
	Zustimmung	1. Trifft eher zu 2. Trifft eher zu 3. Teils/teils 4. Trifft eher nicht zu 5. Trifft überhaupt nicht zu	Ordinal-/Kardinalskala
#3	Offene Abfrage von Zahlenwerten	z. B. wie viele Mitarbeiter?	Kardinalskala
	Konstantsumme	Verteilung von 100 Punkten auf verschiedene Kategorien	Kardinalskala

Tabelle 1: Verwendete Fragetypen und Skalenniveaus

Bei Fragen mit nominalem Skalenniveau (Typ #1) bietet sich die Darstellung der Häufigkeit einer gewählten Kategorie an.¹²⁵ Für die Interpretation interessant ist dabei der Modus, also der am häufigsten angegebene Wert, der einem Säulen- oder

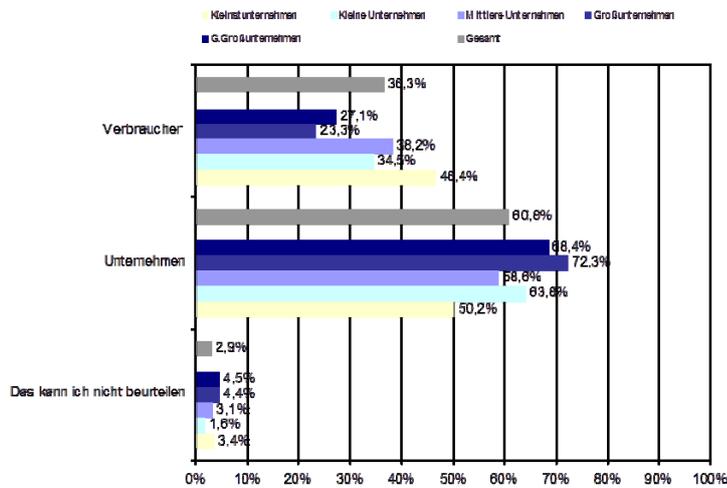
¹²⁴ Den Befragten wurde zusätzlich die Möglichkeit gegeben, wegen mangelnder Expertise oder zu großer Unsicherheit keine Auskunft zu geben. Dies reduziert die Verzerrung der Ergebnisse, da solche Personen entweder falsche Angaben machen oder eine (wenn es die Skala zulässt) möglichst neutrale Antwort zu geben.

¹²⁵ Hierbei ist darauf zu achten, dass sich die relativen Häufigkeiten bei Fragen mit der Möglichkeit zur Mehrfachantwort nicht auf 100 % addieren.

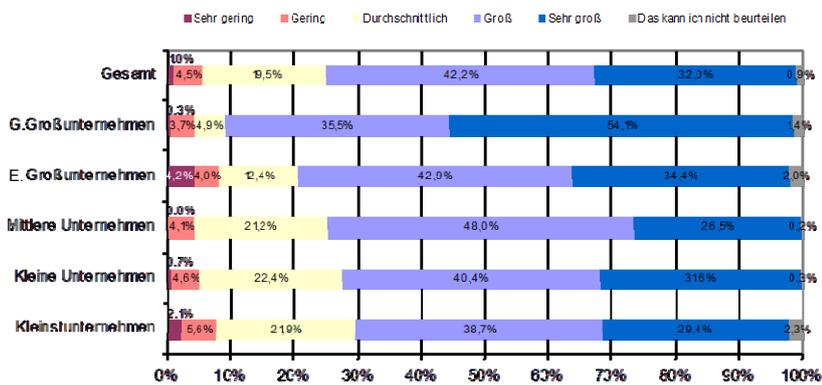
Balkendiagramm entnommen werden kann. Fragen vom Typ #2 verlangen vom Befragten eine Antwort auf einem Kontinuum, z. B. Grad der Zustimmung. Theoretisch handelt es sich hierbei um ein ordinales Skalenniveau, da die Abstände zwischen den verschiedenen Skalenpunkten, z. B. sehr gering – gering – durchschnittlich, nicht als identisch groß angesehen werden können. Lediglich die Reihung der Skalenpunkte ist offensichtlich. Aus diesem Grunde bietet sich hierbei die Darstellung des Medians sowie des Minimal- und des Maximalwerts an. In der Praxis werden solche Fragen jedoch wie eine Kardinalskala interpretiert, so dass die Betrachtung des Mittelwerts und der Standardabweichung nicht ungewöhnlich ist. Folglich werden auch in dieser Studie bei diesem Fragentyp sämtliche für eine Ordinal- und eine Kardinalskala genannten Parameter ausgewiesen.¹²⁶ Die Fragen vom Typ #3 unterliegen einer „echten“ Kardinalskala, so dass hier ebenfalls sämtliche Lage- und Streumaße präsentiert werden. Die offene Nennung von Werten unterliegt einer Einschränkung hinsichtlich der Anwendung von statistischen Parametern bzw. deren Nutzung im Rahmen der Ergebnisinterpretation: Da die Skala der Nennungen nach oben hin offen ist, können Ausreißer sehr schnell zu einer Verfälschung des Mittelwerts führen. Dies indiziert dann auch eine sehr hohe Standardabweichung. Folglich bietet sich hier die Interpretation des Medians an. Zusätzlich zu den statistischen Parametern werden die Ergebnisse mittels Abbildungen dargestellt, da diese schneller und einfacher zu erfassen sind. Entsprechend dem Fragentyp wurden spezifische Schemata für die Abbildungen definiert:

¹²⁶ Der Leser sollte folglich bei der Interpretation einzelner Werte konservativ vorgehen und eine Interpretation lediglich unter Berücksichtigung sämtlicher Parameter durchführen. Näher *Hüttner/Schwarting* (Fn. 40), S. 218; *Kuß* (Fn. 5), S. 212.

Einfach- und Mehrfachauswahl (Typ #1)



Ordinal-/Kardinalskala (Typ #2)



Konstantsumme (Typ #3)

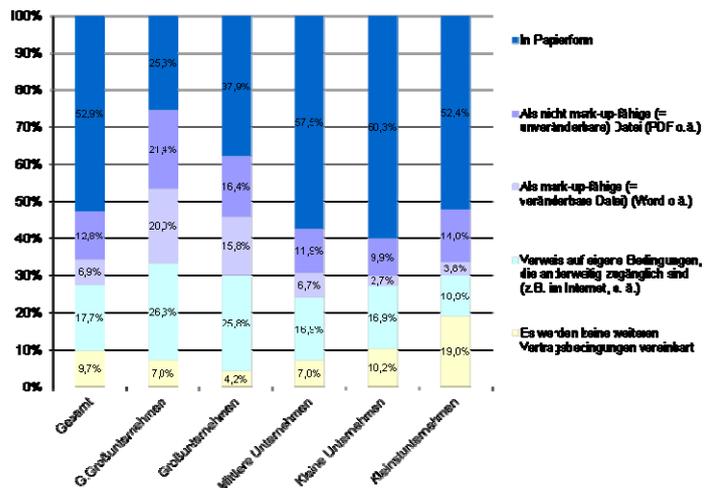


Abbildung 1: Definierte Abbildungen für verwendete Fragetypen

Die Abbildung zum Fragentyp #1 gibt die relative Häufigkeit der Nennungen wieder. Die Grafik zum Fragentyp #2 stellt dar, wie groß der Anteil an Befragten ist, der einen

bestimmten Skalenpunkt gewählt hat. Die Abbildung zum Fragentyp #3 gibt an, wie die Befragten im Durchschnitt die 100 Punkte der Konstantsummenskala auf die einzelnen Antwortkategorien verteilt haben.

Bei einigen Fragen wird zudem ein Zusammenhangsmaß ausgewiesen, was die dritte Art von Kennzahlen der deskriptiven Statistik darstellt.¹²⁷ Hintergrund ist, dass für die Überprüfung einzelner Thesen der Zusammenhang zwischen zwei Variablen (Fragen) interessiert. Als Zusammenhangsmaß wird hierbei der Korrelationskoeffizient nach Pearson verwendet, da sich die interessierenden Zusammenhänge durchweg auf als metrisch interpretierbare Variablen beziehen. Der Korrelationskoeffizient r nach Pearson ist dergestalt definiert, dass Werte innerhalb eines Intervalls von -1 bis +1 angenommen werden: Je näher r bei 0 liegt, desto kleiner ist der lineare Zusammenhang. Werte größer Null deuten auf einen positiven Zusammenhang, Werte kleiner Null auf einen negativen Zusammenhang hin: Im positiven Fall steigen also die Werte einer zweiten Variablen an, wenn die Werte einer ersten Variablen ebenfalls steigen. Im negativen Fall von r sinken die Werte der zweiten Variablen, wenn die Werte der ersten Variablen steigen. Bei Korrelationen kommt es allerdings auch darauf an, ob der Zusammenhang als signifikant anzusehen ist. Ist ein Korrelationskoeffizient nicht signifikant, so unterliegt die Höhe und angezeigte Richtung dem Zufall. Folglich sollte von einer Interpretation abgesehen werden. Die Signifikanz wird durch den so genannten p-Wert angezeigt. Bei einem Wert von $\leq 1\%$ spricht man von *sehr signifikant*, bei einem Wert von $\leq 0,1\%$ spricht man von einem *hoch signifikanten* Ergebnis und bei einem Wert von 5% spricht man von *Signifikanz*. Bei kleinen Stichproben sollten auch Korrelationen mit einem Signifikanzwert von $< 10\%$ in Betracht gezogen werden.¹²⁸

2. Details zur Umfrage 1

Nachfolgend werden die Ergebnisse der Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit im Detail in Form von Tabellen und Abbildungen dargestellt. Da der Aufteilung der Stichprobe in Experten und Befragte mit geringer Schiedserfahrung erhebliche Ergebnisrelevanz zukommt, wird dieser Schritt nachfolgend zunächst zusammen mit der Darstellung der Ergebnisse zu den *Fragen 1* und *2* ausführlich erläu-

¹²⁷ Vgl. Hüttner/Schwarting (Fn. 40), S. 238 ff.; Kuß (Fn. 5), S. 207.

¹²⁸ Vgl. Hüttner/Schwarting (Fn. 40), S. 63.

tert (unter a). Sodann folgt die Darstellung der (übrigen) Ergebnisse (unter b).

a) Beschreibung und Aufbereitung der Stichprobe

Die Identifikation eines absoluten Schwellenwerts, ab dem ein Befragter als sehr erfahren gelten kann, ist nicht möglich. Aus diesem Grund erfolgte eine Orientierung an der Verteilung der in *Frage 1* erhobenen Daten. Die Betrachtung des obersten Viertels der Stichprobe als die mit Schiedsverfahren erfahrene Gruppe erscheint hinsichtlich der Identifikation von Experten sinnvoll, da dieses Vorgehen einen konservativen Ansatz darstellt. Der in der Sozialforschung auch übliche Mediansplit,¹²⁹ nach dem die Hälfte der Stichprobe zu der erfahrenenen Gruppe gehören würde, erscheint hier kein ausreichend trennscharfer Ansatz.

Frage 1: An ungefähr wie vielen Schiedsverfahren waren Sie in den letzten 5 Jahren als Schiedsrichter/in oder Parteivertreter/in beteiligt?

Die Verteilung der Antworten zu *Frage 1* ist von großer Bedeutung, da anhand der isoliert betrachteten absoluten Anzahl der Verfahren einer jeden befragten Person keine Aussage darüber möglich ist, wer als Experte und wer nicht als Experte einzuschätzen ist. Aus diesem Grunde wird eine Einteilung der Befragten anhand einer Verteilung der Antworten aller Befragten vorgenommen. Ein übliches Vorgehen ist hierbei die Anwendung von Quartilen:¹³⁰ Dabei wird die Stichprobe anhand von drei Trennwerten (den Quartilen) in vier Viertel eingeteilt. Das Resultat von Vierteln ist dabei ein idealtypischer Fall. Bei entsprechender Verteilung der Werte (vor allem wenn mehrere Befragte auf den Quartilen verortet sind) können die resultierenden vier Gruppen leicht unterschiedlich groß sein. Der *Abbildung 2* kann die Verteilung der Verfahren innerhalb der letzten 5 Jahre für die gesamte Stichprobe entnommen werden.

¹²⁹ Vgl. Hüttner/Schwarting (Fn. 40), S. 491; Kuß (Fn. 5), S. 205.

¹³⁰ Hüttner/Schwarting (Fn. 40), S. 491; Kuß (Fn. 5), S. 206.

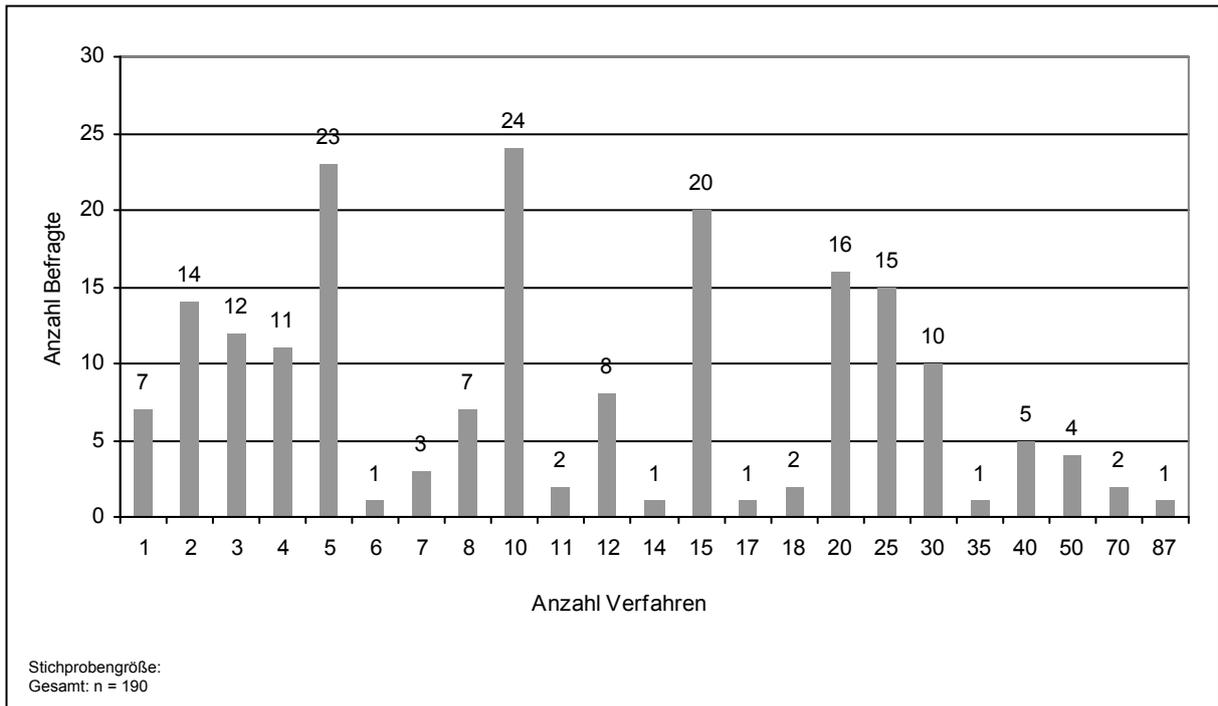


Abbildung 2: Verteilung der Anzahl von begleiteten Verfahren über die Befragten

Die Quartile ergeben sich nun, indem die Antworten der Befragten (hier die Anzahl der Verfahren) in eine aufsteigende Reihung gebracht werden. Auf diese Weise lassen sich theoretisch die ersten 25 % der Befragten (mit den wenigsten Verfahren) sowie – analog dazu – die übrigen drei Gruppen ermitteln. Die bei *Frage 1* vorliegende Verteilung lässt allerdings, wie bereits angedeutet, eine Einteilung der Befragten in vier gleich große Gruppen nicht zu. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass viele Befragte die gleiche Anzahl an Verfahren genannt haben. So umfasst eine Reihung der Probanden von 1 bis einschließlich 18 Verfahren ca. 72 % der Befragten, die übrigen 28 % der Befragten haben 20 oder mehr Verfahren angegeben. Eine Ausweitung der Reihung auf die Befragten von 1 bis hin zu einschließlich 20 Verfahren führt dazu, dass ca. 80 % der Befragten abgedeckt werden und somit lediglich 20 % im höchsten Viertel einzuordnen sind. Daraus ergibt sich, dass die Bildung einer Expertengruppe mit exakt 25 % der Befragten – und damit entsprechend einer idealtypischen Anwendung von Quartilen – nicht möglich ist. Die Verteilung lässt lediglich die Bildung einer etwas kleineren (ca. 20 % der Befragten) oder größeren (ca. 28 % der Befragten) Gruppe von Experten zu. Als Entscheidungsgrundlage für das letztliche Vorgehen bei der Gruppenbildung wurde die Gestalt der Verteilung herangezogen: Diese verläuft ab 15 Verfahren bis 18 Verfahren sehr flach, steigt dann sprunghaft an bis zu einer Anzahl von 30 Verfahren. Der Verlauf der kumulierten Antworten in

Abbildung 2 zeigt dieses Phänomen:

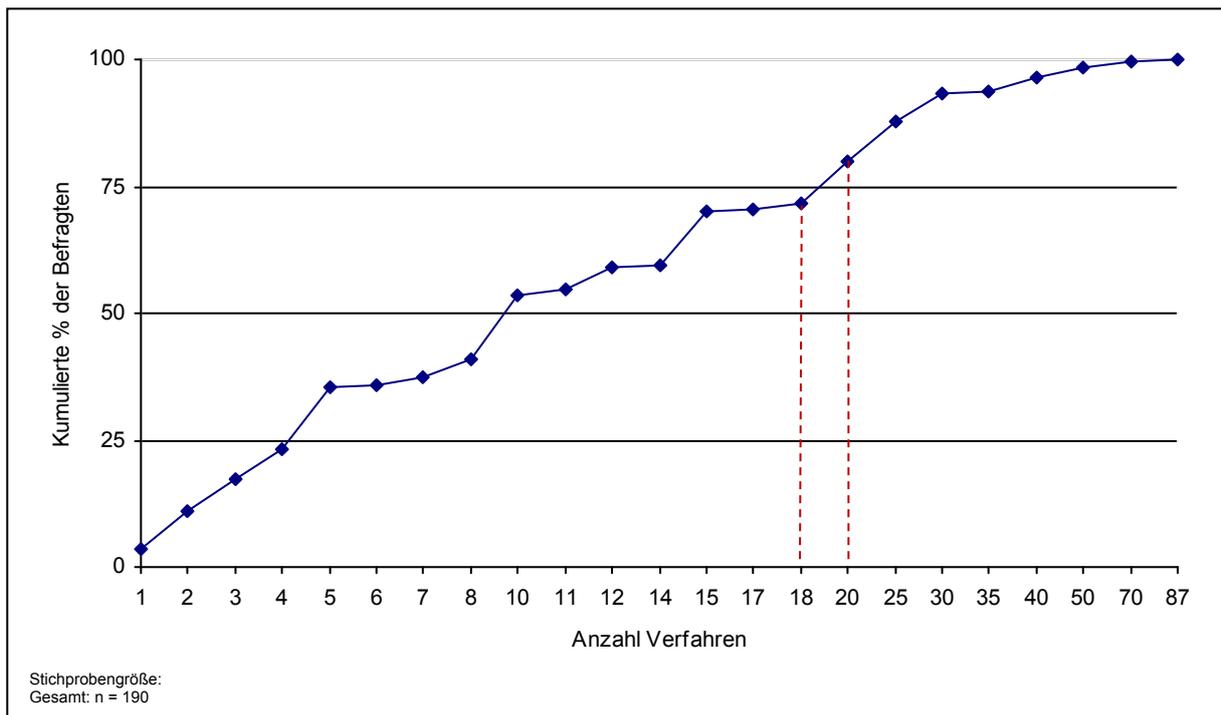


Abbildung 3: Verteilung der Anzahl von begleiteten Verfahren über kumulierten Anteil der Befragten

Aufgrund dieser Beschaffenheit der Verteilung wurden sämtliche Befragte mit mindestens 20 Verfahren in die Gruppe der Experten eingeteilt. Die Expertengruppe setzt sich damit aus 54 Befragten zusammen. Die sich auf diese Weise ergebenden Gruppen (Experten und Gesamt), weisen letztlich folgende Erfahrung, gemessen an der Teilnahme an Schiedsverfahren innerhalb der letzten 5 Jahre, auf:

	n	Median	Min	Max
Experten	54	25	20	87
Gesamt	190	10	1	87

Tabelle 2: Deskriptive Statistik zu Frage 1

Die Experten haben in der Mitte eine Erfahrung von 25 Verfahren, während die übrigen Befragten lediglich eine Erfahrung von 7 Verfahren aufweisen. Als Durchschnittswert wurde der Median gewählt, da der Mittelwert bei offenen Antwortmöglichkeiten zu einer Verzerrung führen kann.

Frage 2: In ungefähr wie vielen der von Ihnen unter 1. genannten Verfahren waren sie als Schiedsrichter/in tätig?

Die Angabe der Menge von Verfahren in denen die/der Befragte als Schiedsrichter tätig war, erfolgte wahlweise als absolute Zahl oder als Prozentwert gemessen an den unter Frage 1 angegebenen Verfahren. Im Rahmen der Auswertung wurden sämtliche Antworten in Prozentangaben und damit den Anteil an den Gesamtverfahren überführt, um eine bessere Interpretation und Vergleichbarkeit der Gruppen zu gewährleisten.¹³¹

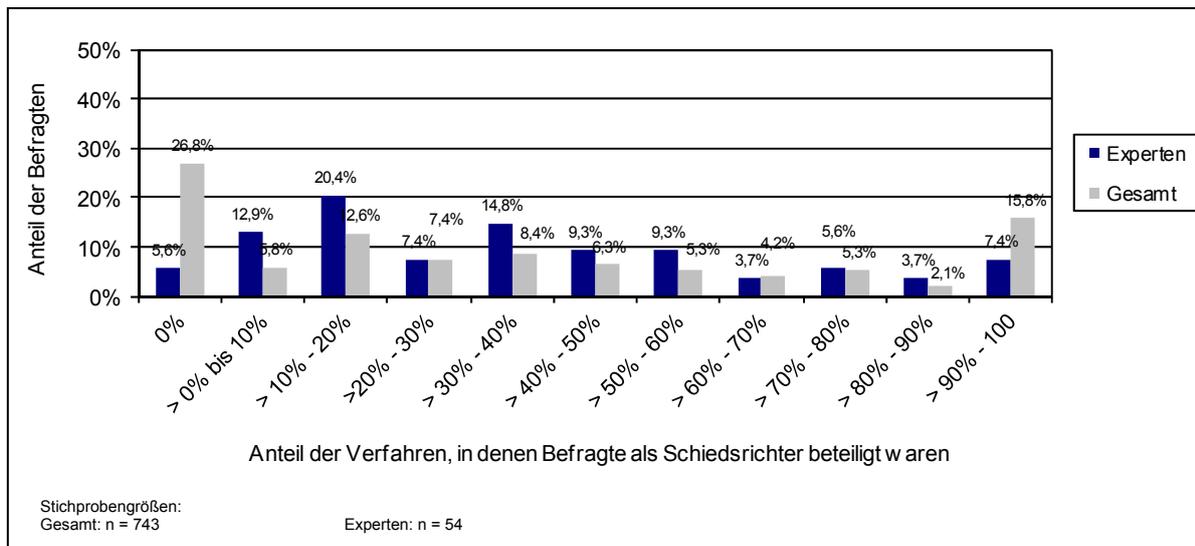


Abbildung 4: Anteil von Verfahren mit Funktion des Befragten als Schiedsrichter

Durch diese Überführung in % gelten die Daten als normiert, so dass die Verwendung des Mittelwerts anstelle des Medians als Lagemaß zweckmäßig ist. Die Verteilung zeigt, dass der Anteil von Verfahren, in denen ein Befragter der Expertengruppe als Schiedsrichter tätig war, kaum vom Anteil in der Gesamtstichprobe abweicht. Allerdings ist der Anteil derjenigen Befragten, die in keinem der Verfahren als Schiedsrichter tätig waren, deutlich geringer als in der Gesamtstichprobe.

¹³¹ Bei nachfolgenden Fragen dieses Typs wurde in derselben Weise verfahren.

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Experten	54	35,29	39,52	28,85	0	100
Gesamt	190	30,00	38,56	36,26	0	100

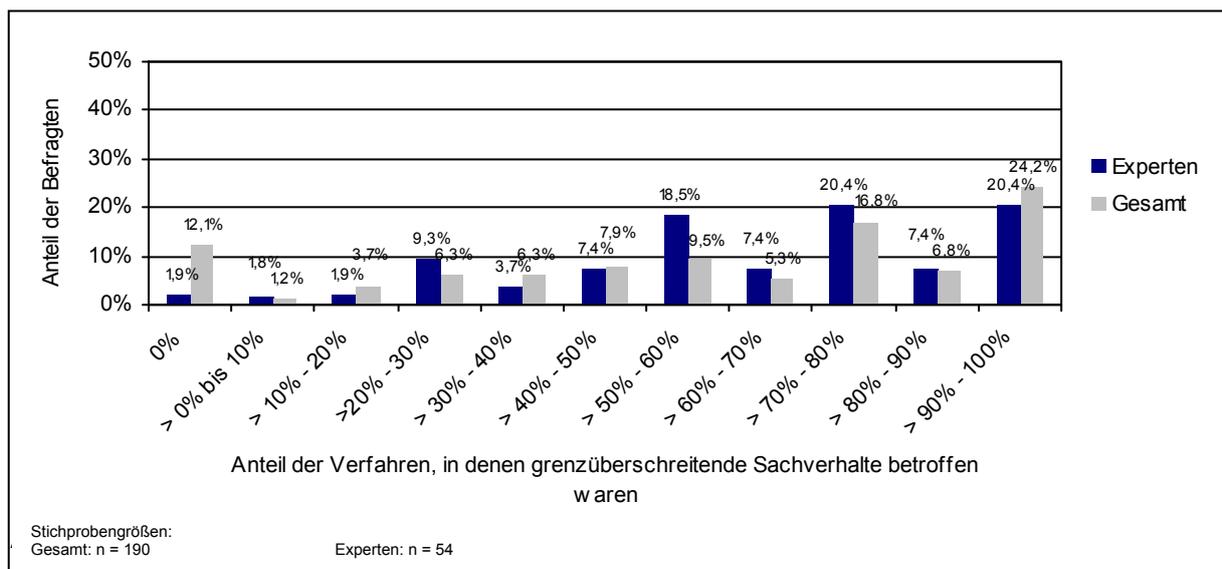
Tabelle 3: Deskriptive Statistik zu Frage 2

Zusammen mit der Standardabweichung deutet dies darauf hin, dass die Experten-Gruppe im Vergleich zur Gesamtstichprobe deutlich ausgewogener ist.

b) Ergebnisse im Detail

(1) Allgemeine Angaben zu den Schiedsverfahren

Frage 3: Ungefähr wie viele der von Ihnen unter 1. genannten Verfahren betrafen grenzüberschreitende Sachverhalte?



	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Experten	54	68,33	66,36	25,92	0	100
Gesamt	190	66,67	60,72	33,45	0	100

Tabelle 4: Deskriptive Statistik zu Frage 3

Frage 4: In ungefähr wie vielen der von Ihnen unter 1. genannten Verfahren fand als materielles Recht deutsches Recht Anwendung?

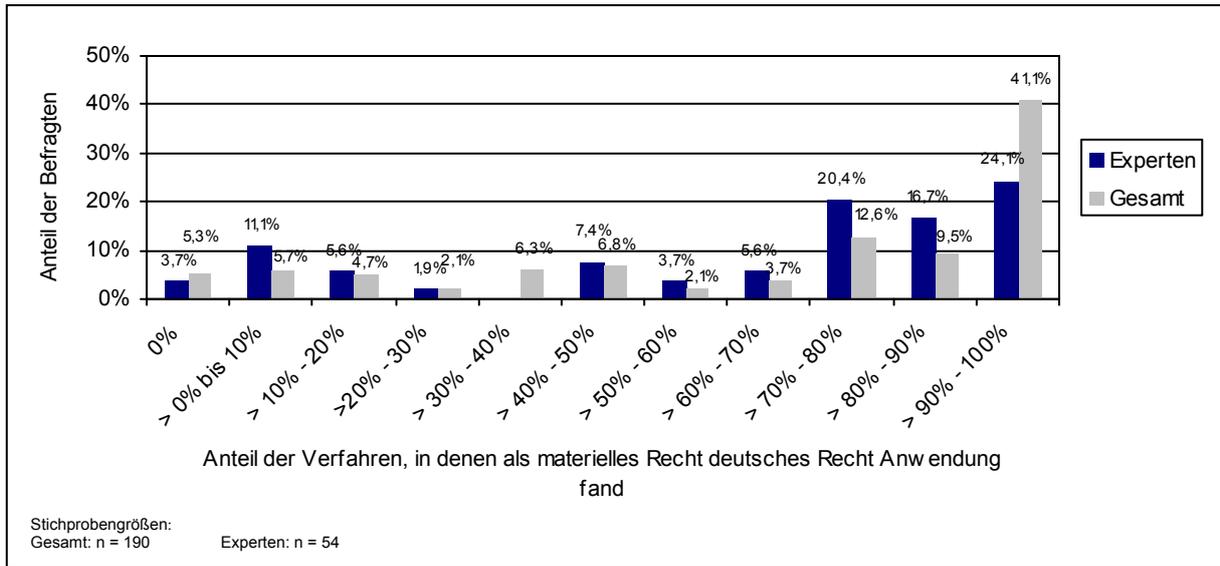


Abbildung 6: Anteil von Verfahren mit deutschem Recht als materielles Recht

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Experten	54	80,00	65,87	33,51	0	100
Gesamt	190	84,17	70,16	34,07	0	100

Tabelle 5: Deskriptive Statistik zu Frage 4

Frage 5: Bitte nennen Sie die häufigsten Vertragstypen/Rechtsgebiete, die Gegenstand der von Ihnen unter 1. genannten X Verfahren waren (maximal drei)?

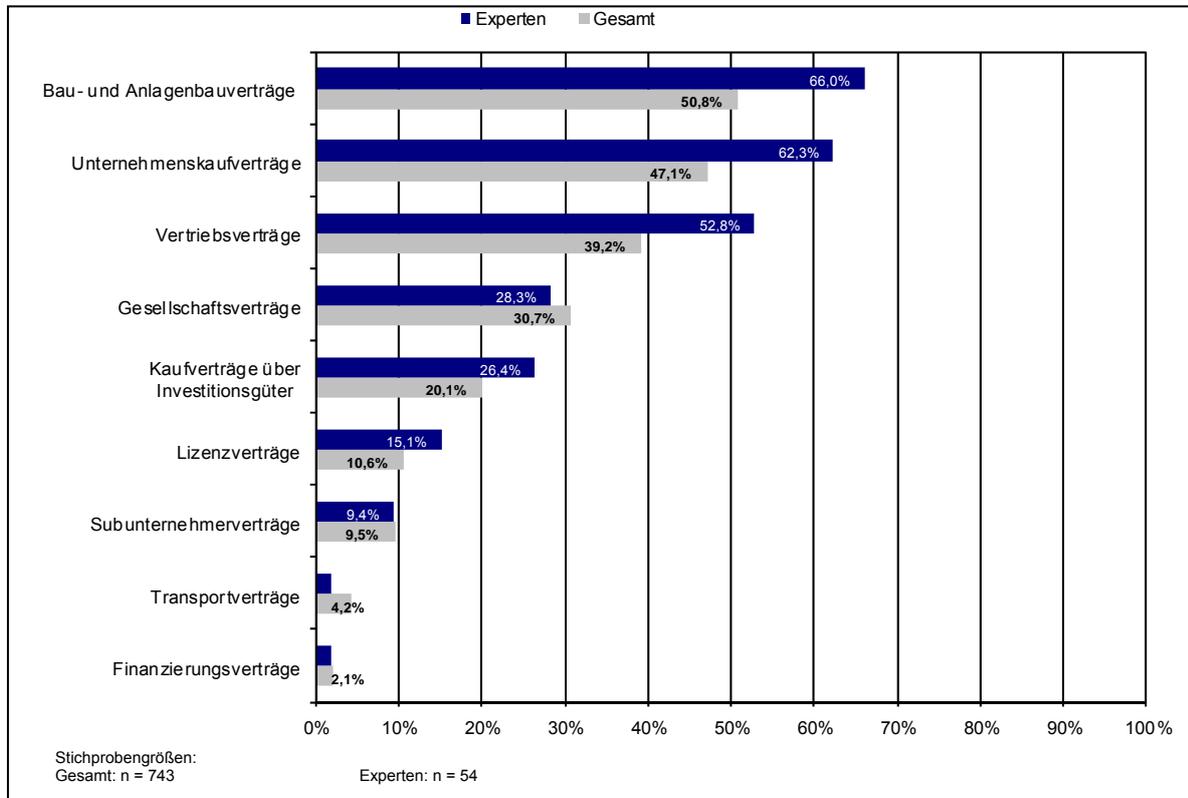


Abbildung 7: Häufigste Vertragstypen/Rechtsgebiete der Verfahren

Frage 6: Bitte schätzen Sie grob, welche Vertragsvolumina (nicht Streitwert!) den von Ihnen unter 1. genannten Verfahren zugrunde lagen? (jeweils ungefähre Anteile in % bezogen auf alle Verfahren)

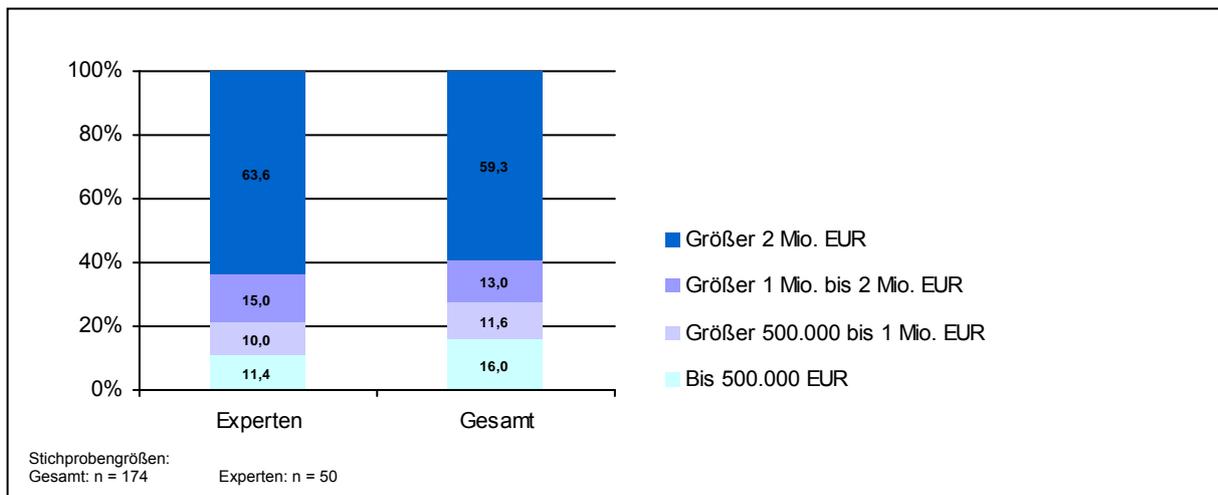


Abbildung 8: Verteilung der Vertragsvolumina der unter Frage 1 genannten Verfahren

	Expertengruppe					Gesamtgruppe				
	Median	Mittelwert	Std.-Abw.	Min	Max	Median	Mittelwert	Std.-Abw.	Min	Max
Größer 2 Mio. Euro	70,00	63,64	32,67	0	85	70,00	59,33	35,75	0	100
Größer 1 Mio. bis 2 Mio. Euro	10,00	15,00	14,78	0	50	5,00	13,04	16,02	0	60
Größer 0,5 Mio. bis 1 Mio. Euro	5,00	9,96	13,23	0	60	0,00	11,64	19,32	0	100
Bis 0,5 Mio. Euro	0,00	11,40	21,49	0	100	0,00	15,98	27,19	0	100

Tabelle 6: Deskriptive Statistik zu Frage 6

(2) Erfahrungen mit Rechtswahlklauseln

Frage 7: Kommt es Ihrer Erfahrung nach vor, dass für rein inländische Sachverhalte ausländisches Recht (als materielles Recht) gewählt wird?

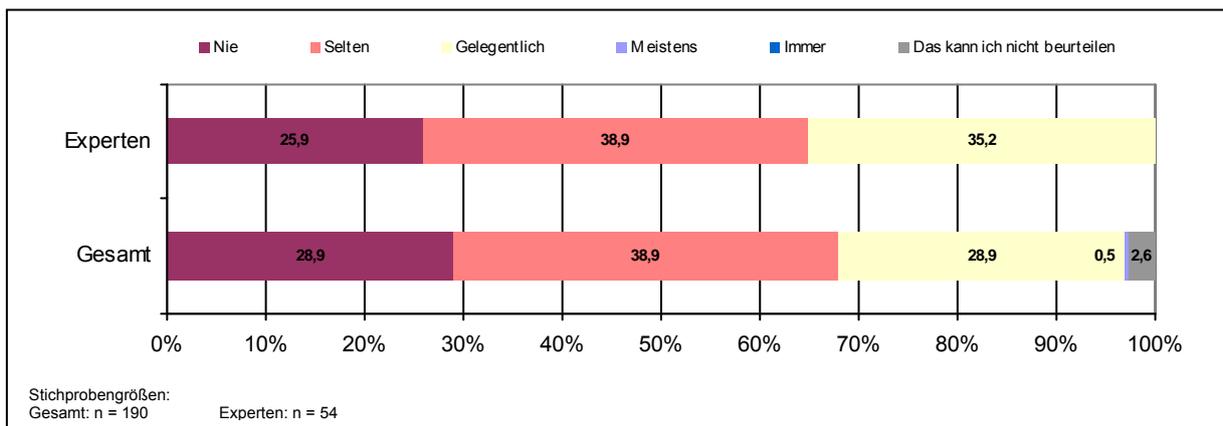


Abbildung 9: Häufigkeit der Wahl ausländischen Rechts für inländische Sachverhalte

Frage 7a: Wenn ja, nennen Sie bitte die Rechtsordnung(en), die am häufigsten gewählt wird/werden (maximal zwei).

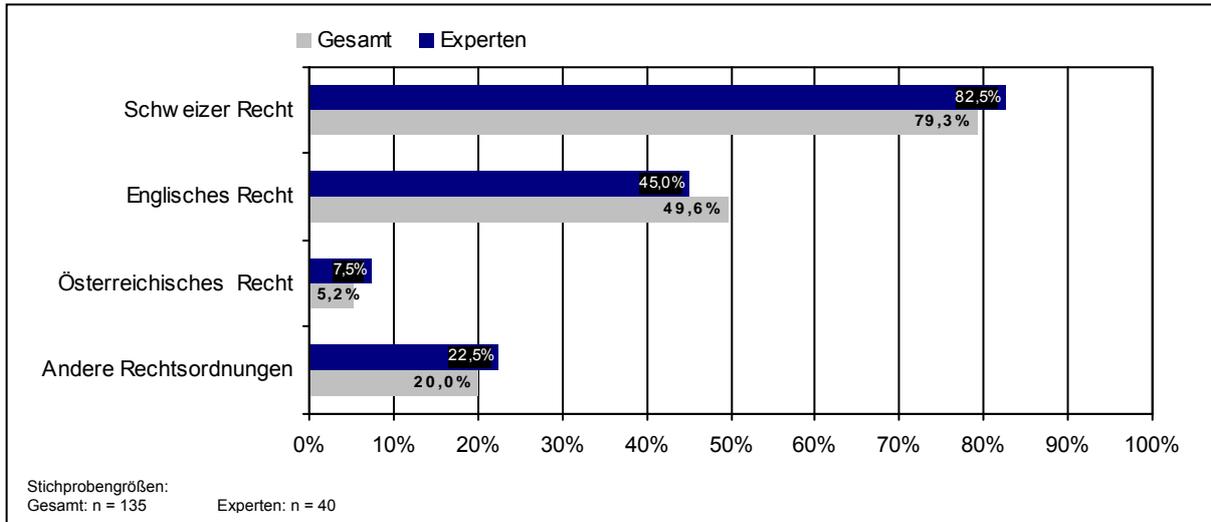


Abbildung 10: Gewähltes ausländisches Recht für inländische Sachverhalte

Frage 8: Haben Sie erlebt, dass bei rein inländischen Sachverhalten deutsches Recht (als materielles Recht) unter Ausschluss der §§ 305 ff. BGB gewählt wird?

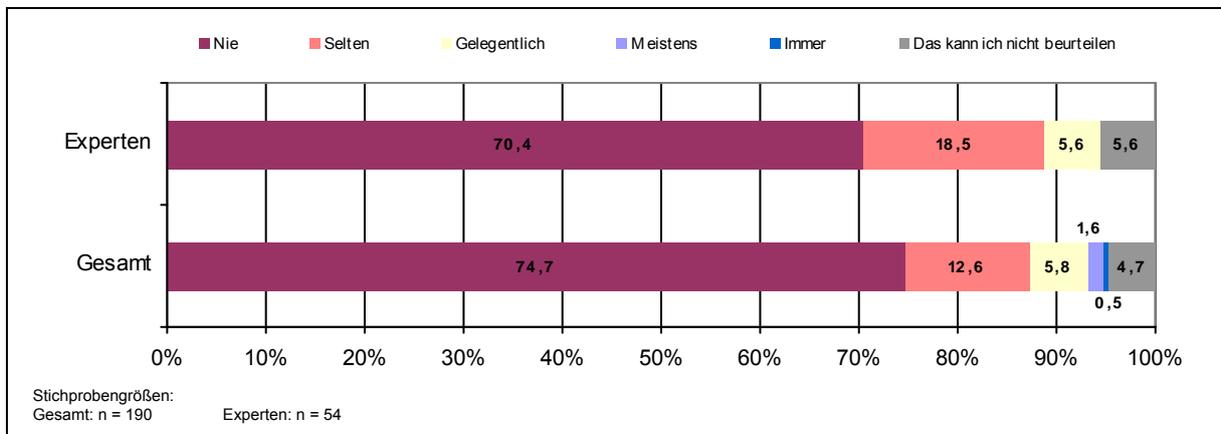


Abbildung 11: Häufigkeit der Wahl deutschen Rechts als materielles Recht unter Ausschluss der §§ 305 ff. BGB

	Expertengruppe					Gesamtgruppe				
	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Frage 7: Kommt es Ihrer Erfahrung nach vor, dass für rein inländische Sachverhalte ausländisches Recht (als materielles Recht) gewählt wird?	2	2,09	0,78	1	3	2	2,01	0,79	1	4
Frage 8: Haben Sie erlebt, dass bei rein inländischen Sachverhalten deutsches Recht (als materielles Recht) unter Ausschluss der §§ 305 ff. BGB gewählt wird?	1	1,31	0,58	1	3	1	1,33	0,71	1	5

Tabelle 7: Deskriptive Statistik zu Frage 7 und Frage 8

(3) Bedeutung der §§ 305 ff. BGB in den Schiedsverfahren

Frage 9: In ungefähr wie vielen der von Ihnen unter 1. genannten Verfahren wurde von einer Partei die Wirksamkeit vertraglicher Regelungen unter Hinweis auf die §§ 305 ff. BGB infrage gestellt („AGB-Einrede“)?

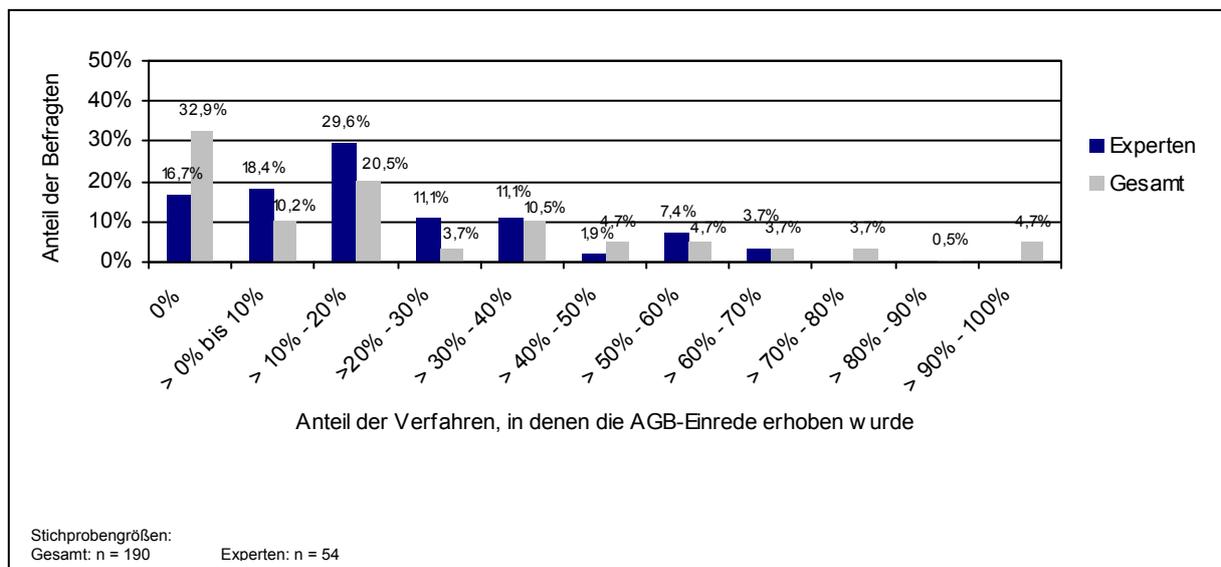


Abbildung 12: Anteil von Verfahren mit AGB-Einrede

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Experten	54	16,00	20,48	18,20	0	65
Gesamt	190	14,14	24,61	28,21	0	100

Tabelle 8: Deskriptive Statistik zu Frage 9

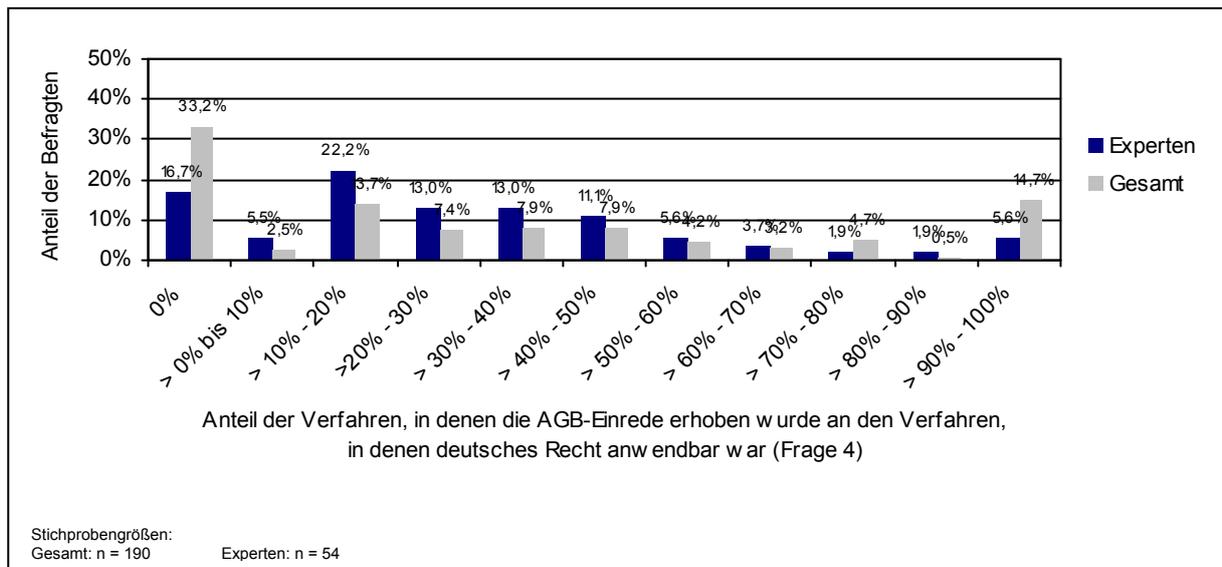


Abbildung 13: Anteil von Verfahren mit AGB-Einrede an Verfahren, in denen deutsches Recht Anwendung fand (Zusammenhang mit Frage 4)

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Experten	54	25,00	30,86	27,36	0	100
Gesamt	190	22,18	34,12	35,89	0	100

Tabelle 9: Deskriptive Statistik zu Frage 9 unter Berücksichtigung von Verfahren mit deutschem Recht als materiellem Recht

Frage 9a: Bitte nennen Sie die vertraglichen Regelungen, die von der AGB-Einrede am häufigsten betroffen waren? (maximal drei)

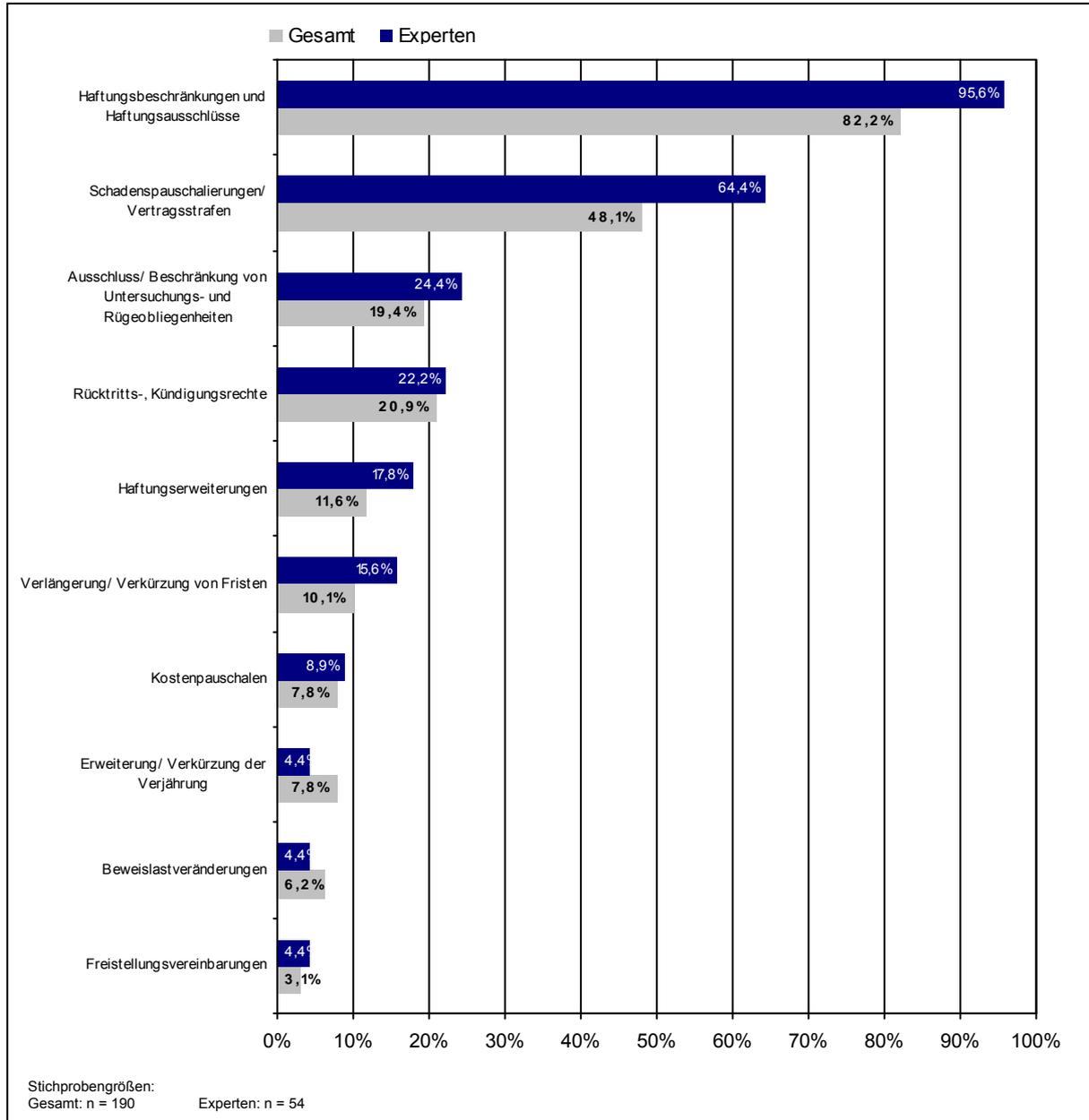


Abbildung 14: Von AGB-Einrede am häufigsten betroffene vertragliche Regelungen

Frage 9b: In ungefähr wie vielen Fällen, in denen die AGB-Einrede erhoben wurde, hatte diese Einfluss auf das Ergebnis des Schiedsverfahrens?

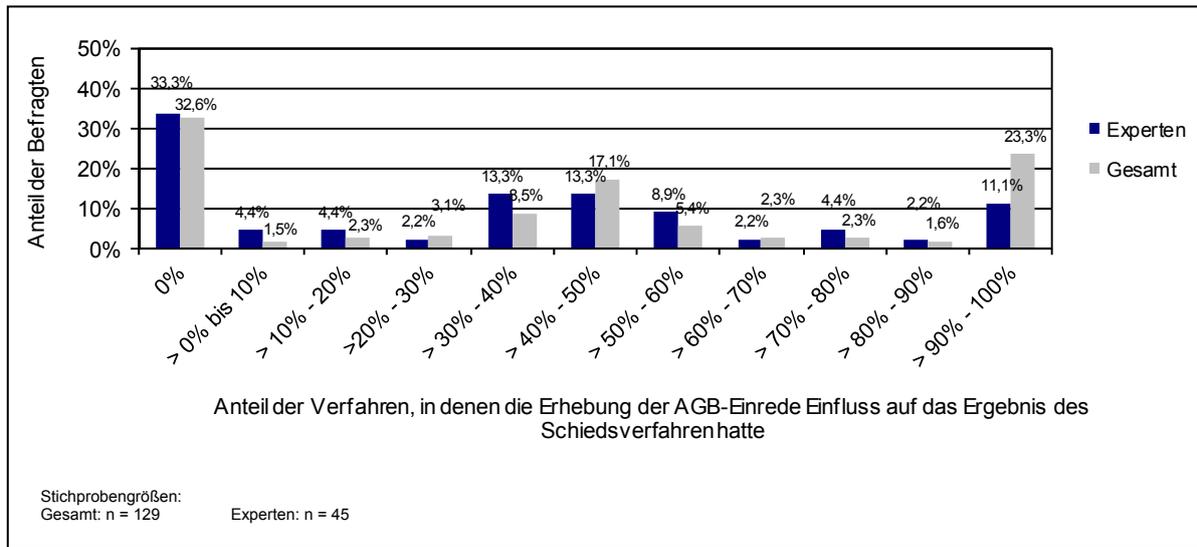


Abbildung 15: Einfluss der AGB-Einrede auf Ergebnis von Schiedsverfahren

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Experten	54	33,33	35,40	34,43	0	100
Gesamt	190	48,00	43,67	38,91	0	100

Tabelle 10: Deskriptive Statistik zu Frage 9b

Frage 9c: In ungefähr wie vielen Fällen, in denen die AGB-Einrede erhoben wurde, hat das *Schiedsgericht* die Qualifikation der angegriffenen Regelung als AGB (statt als Individualabrede) ernsthaft in Erwägung gezogen?

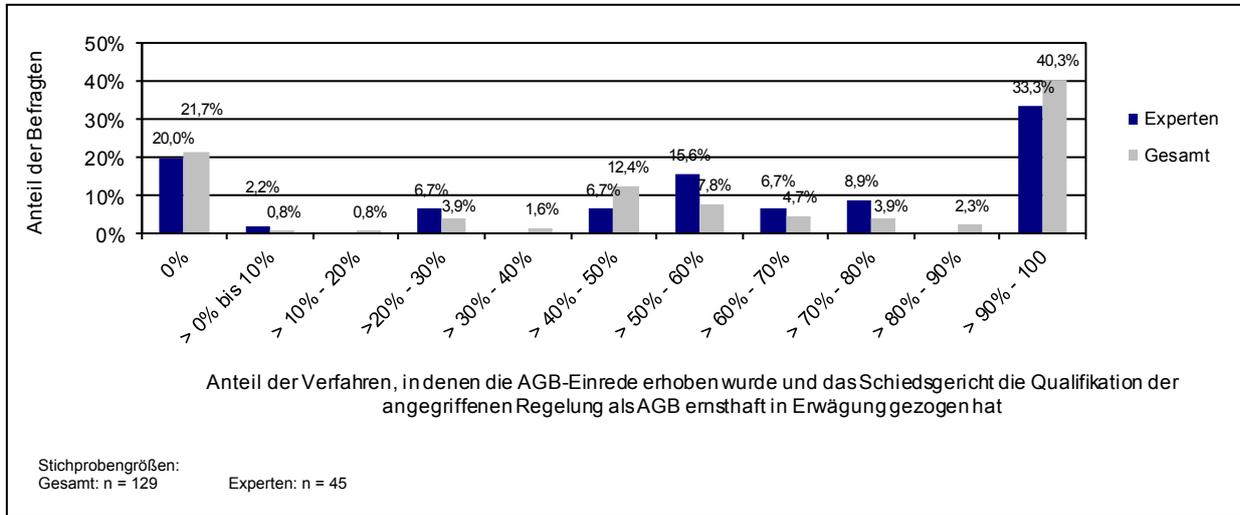


Abbildung 16: Ernsthafte Erwägung der Qualifikation von angegriffenen Regelungen als AGB durch Schiedsgericht bei AGB-Einrede

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Experten	54	60,00	58,20	38,15	0	100
Gesamt	190	66,67	60,63	39,59	0	100

Tabelle 11: Deskriptive Statistik zu Frage 9c

Frage 9d: Welcher der nachfolgenden Umstände führt Ihrer Erfahrung nach dazu, dass Schiedsgerichte Haftungsbeschränkungen als Individualvereinbarung qualifizieren?

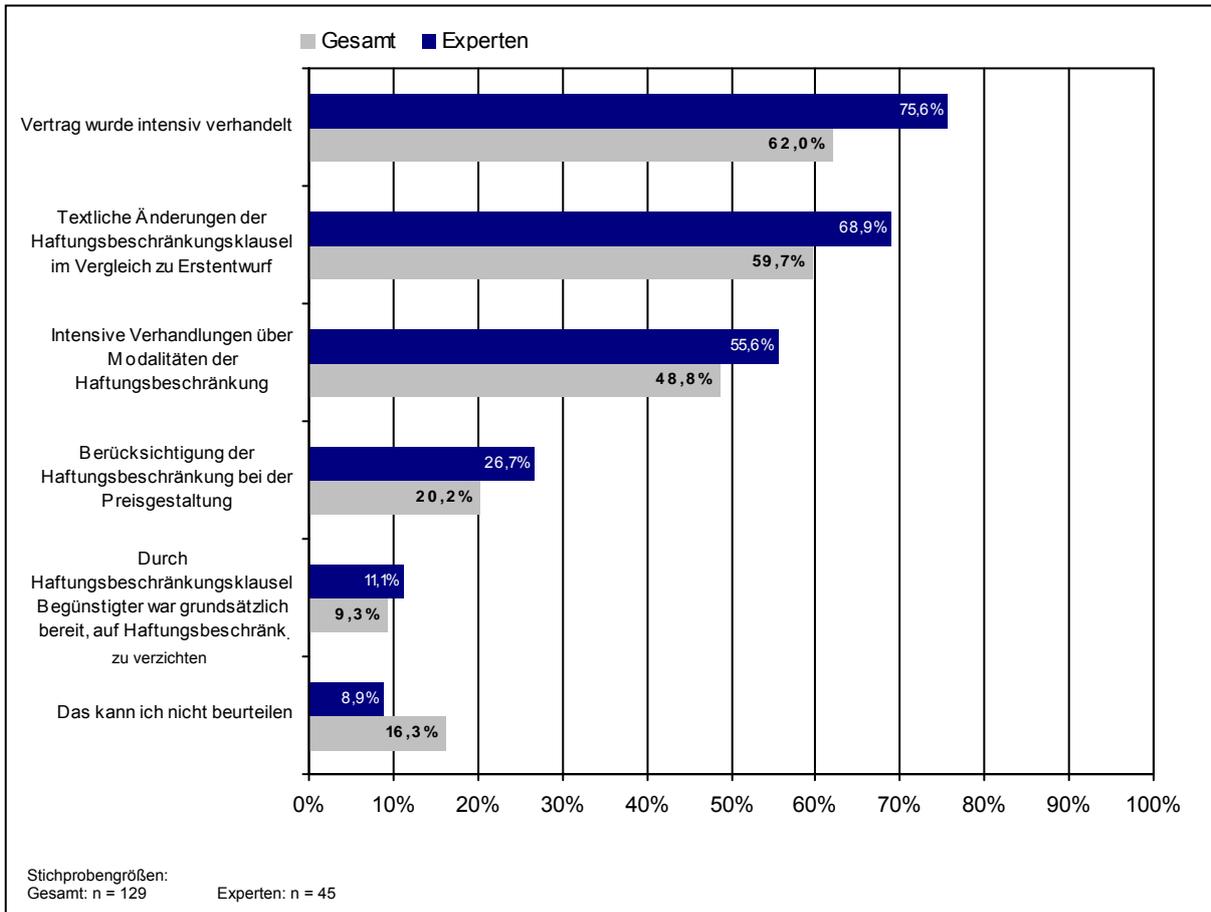


Abbildung 17: Umstände, die zur Qualifizierung von Individualvereinbarungen als Haftungsbeschränkungen durch Schiedsgerichte führen

Frage 9e: Die Schiedsgerichte folgen der Rechtsprechung des BGH, wonach die Haftung für die schuldhafte Verletzung von Kardinalpflichten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich nicht beschränkt werden kann.

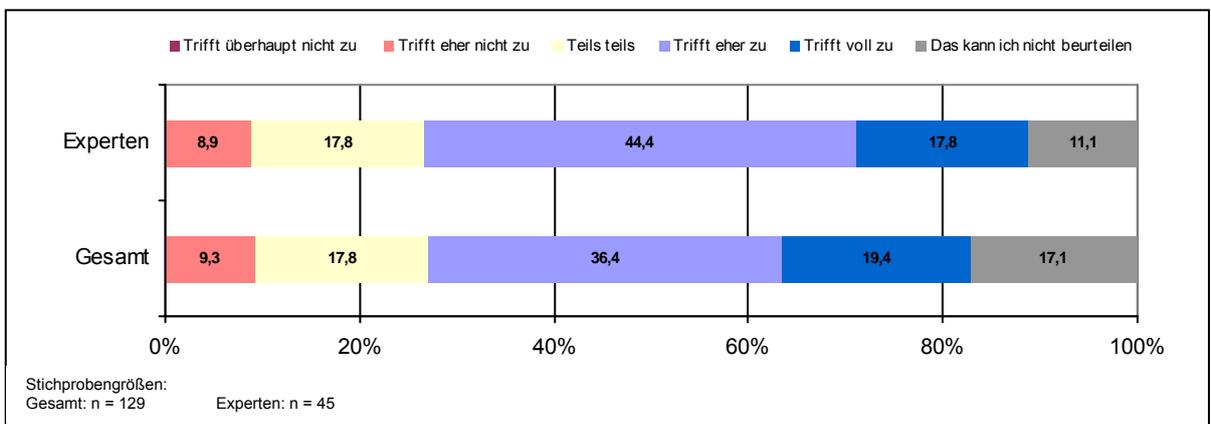


Abbildung 18: Befolgung der Rechtsprechung des BGH durch die Schiedsgerichte

Frage 9f: Die Schiedsgerichte weisen bei der Inhaltskontrolle den Klauselverboten der §§ 308, 309 BGB Indizwirkung für den unternehmerischen Geschäftsverkehr zu.

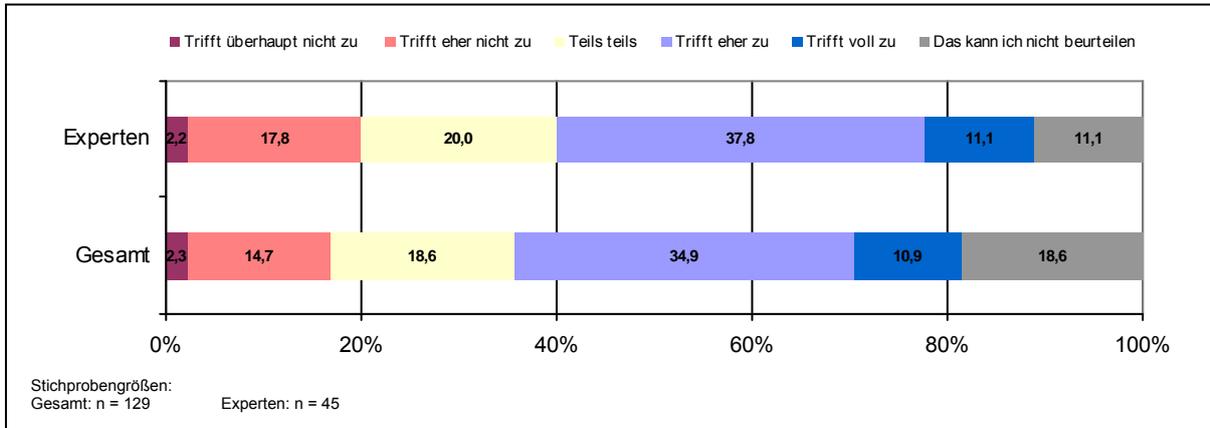


Abbildung 19: Indizwirkung von Klauselverboten für den unternehmerischen Geschäftsverkehr

	Expertengruppe					Gesamtgruppe				
	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Frage 9e: Die Schiedsgerichte folgen der Rechtsprechung des BGH, wonach die Haftung für die schuldhaft Verletzung von Kardinalpflichten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich nicht beschränkt werden kann.	2	2,20	0,88	1	4	2	2,21	0,93	1	4
Frage 9f: Die Schiedsgerichte weisen bei der Inhaltskontrolle den Klauselverboten der §§ 308, 309 BGB Indizwirkung für den unternehmerischen Geschäftsverkehr zu.	2	2,58	1,04	1	5	2	2,45	1,03	1	5

Tabelle 12: Deskriptive Statistik zu Frage 9e und 9f

(4) Bewertung der §§ 305 ff. BGB

Frage 10: Die §§ 305 ff. BGB bewirken in den vor Schiedsgerichten ausgetragenen Streitigkeiten einen sinnvollen Schutz vor unangemessenen Benachteiligungen.

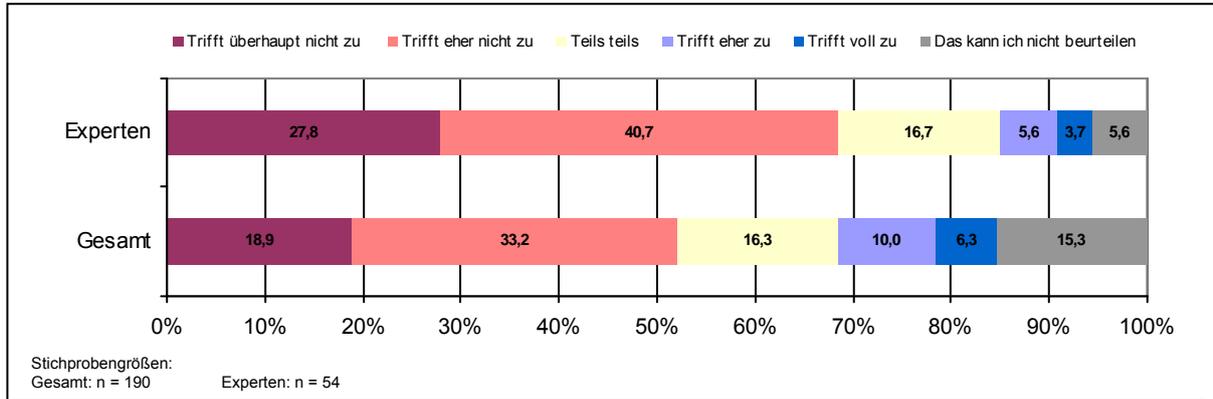


Abbildung 20: Wirkung von §§ 305 ff. BGB als sinnvoller Schutz vor unangemessenen Benachteiligungen

Frage 11: Die Vorhersehbarkeit des Ergebnisses streitiger Auseinandersetzung vor Schiedsgerichten wird durch die §§ 305 ff. BGB eingeschränkt.

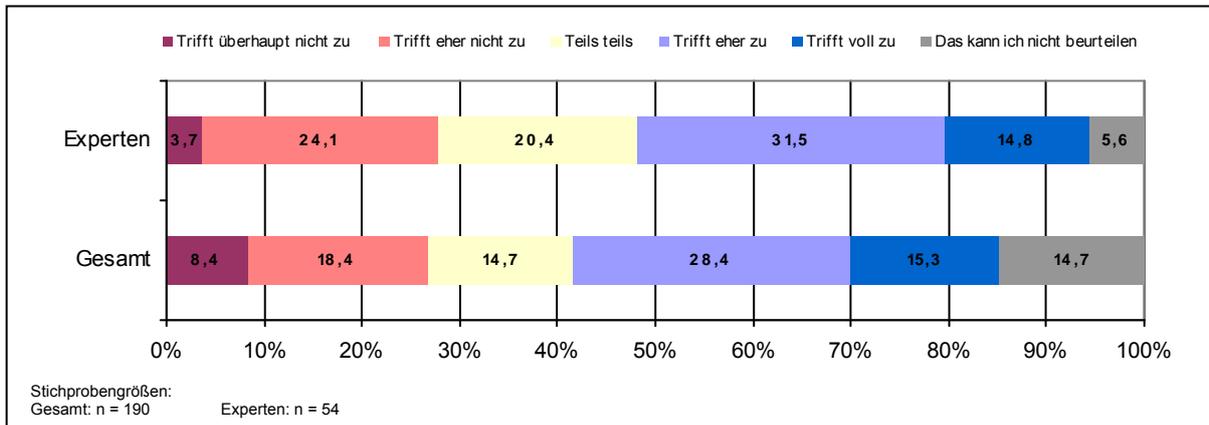


Abbildung 21: Einschränkung der Vorhersehbarkeit des Ergebnisses streitiger Auseinandersetzungen durch §§ 305 ff. BGB

Frage 12: Die Erhebung der AGB-Einrede im Rahmen von Schiedsverfahren erhöht vielfach deren Kosten und Dauer, obwohl sie ohne Einfluss auf die rechtliche Bewertung bleibt.

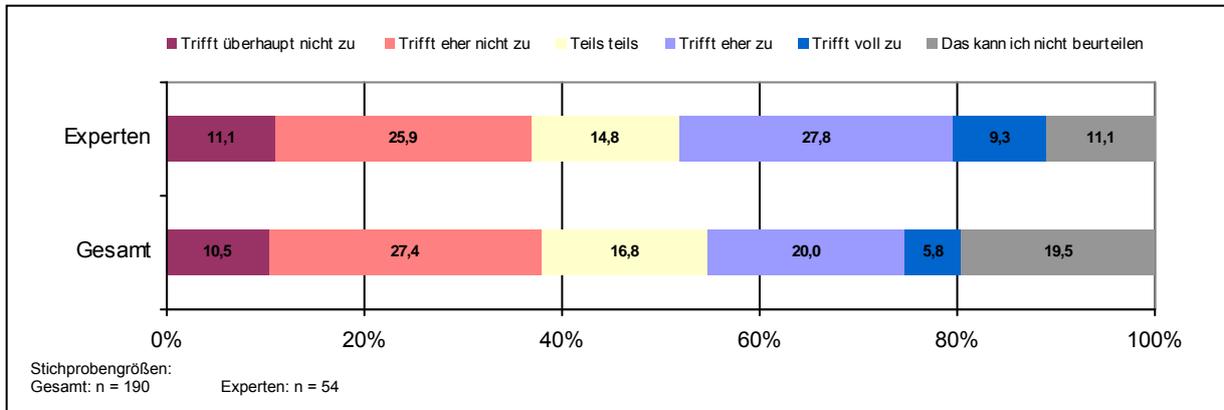


Abbildung 22: „Lästigkeitsfaktor“ der AGB-Einrede

Frage 13: Die §§ 305 ff. BGB schränken die Vertragsfreiheit von Unternehmen unangemessen ein.

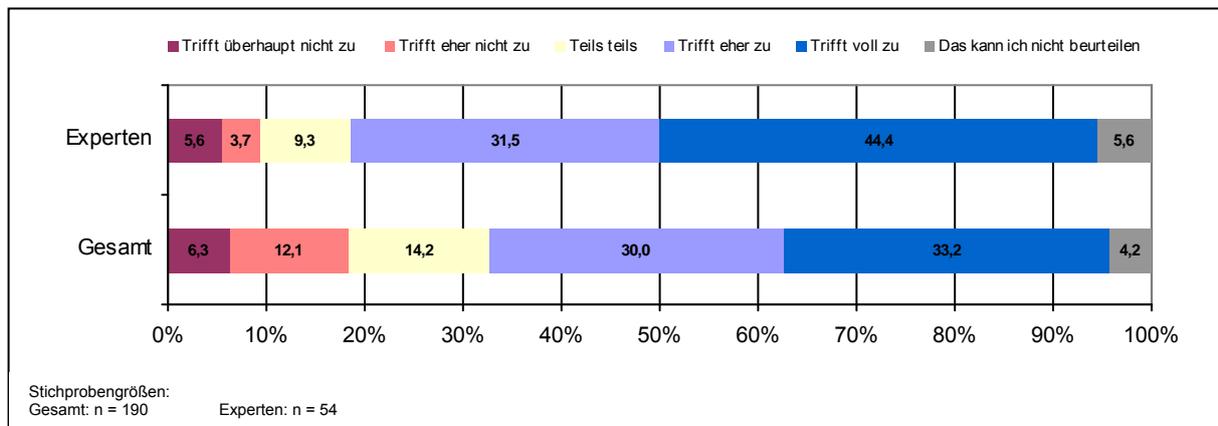


Abbildung 2: Einschränkung der Vertragsfreiheit von Unternehmen durch §§ 305 ff. BGB

Frage 14: Die §§ 305 ff. BGB halten die Parteien bei grenzüberschreitenden Verträgen davon ab, als materielles Recht deutsches Recht zu wählen.

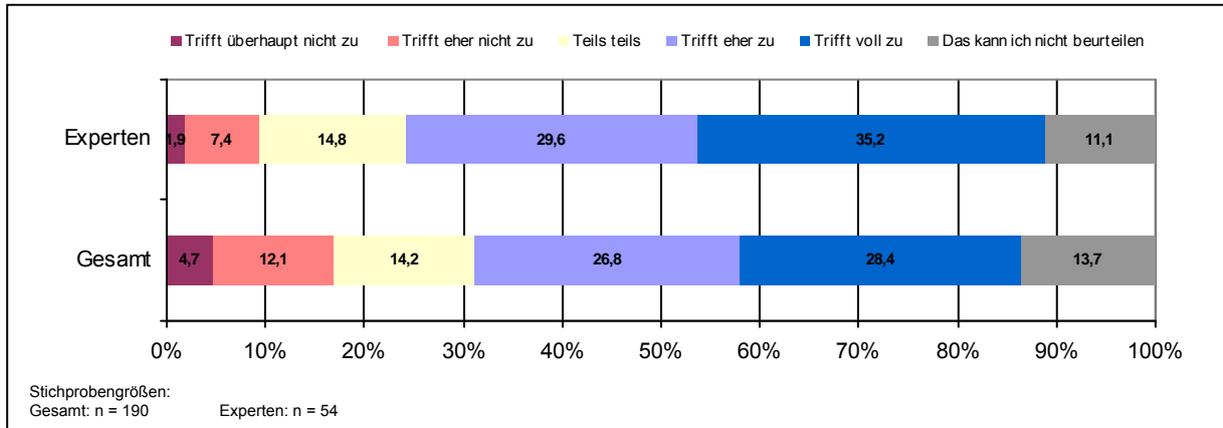


Abbildung 23: §§ 305 ff. BGB als Hindernis bei der Wahl von dt. Recht als materielles Recht bei grenzüberschreitenden Verträgen

	Expertengruppe					Gesamtgruppe				
	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Frage 10: Die §§ 305 ff. BGB bewirken in den vor Schiedsgerichten ausgetragenen Streitigkeiten einen sinnvollen Schutz vor unangemessenen Benachteiligungen.	4	3,88	1,03	1	5	4	3,57	1,18	1	5
Frage 11: Die Vorhersehbarkeit des Ergebnisses streitiger Auseinandersetzung vor Schiedsgerichten wird durch die §§ 305 ff. BGB eingeschränkt.	3	2,69	1,14	1	5	2	2,72	1,26	1	5
Frage 12: Die Erhebung der AGB-Einrede im Rahmen von Schiedsverfahren erhöht vielfach deren Kosten und Dauer, obwohl sie ohne Einfluss auf die rechtliche Bewertung bleibt.	3	3,02	1,25	1	5	3	3,21	1,17	1	5
Frage 13: Die §§ 305 ff. BGB schränken die Vertragsfreiheit von Unternehmen unangemessen ein.	2	1,88	1,13	1	5	2	2,25	1,24	1	5
Frage 14: Die §§ 305 ff. BGB halten die Parteien bei grenzüberschreitenden Verträgen davon ab, als materielles Recht deutsches Recht zu wählen.	2	2,00	1,05	1	5	2	2,28	1,22	1	5

Tabelle 13: Deskriptive Statistik zu Fragen 10 bis 14

3. Details zur Umfrage 2

Nachfolgend werden die Ergebnisse der Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern im Detail in Form von Tabellen und Abbildungen dargestellt. Da der Aufbereitung der Stichprobe besondere Bedeutung zukommt, wird sie zunächst ausführlich unter Darstellung der Ergebnisse zu den insoweit maßgeblichen *Fragen 1 - 3* geschildert (unter a). Im Anschluss daran folgt die Darstellung der (übrigen) Ergebnisse (unter b).

a) Beschreibung und Aufbereitung der Stichprobe

Als Datengrundlage konnte für die vorliegende Studie ein Datensatz mit 1.220 Fällen (vollständig ausgefüllte Fragebögen)¹³² generiert werden. Für die Ableitung von Schlussfolgerungen und Empfehlungen sind für die Grundgesamtheit als repräsentativ anzusehende Ergebnisse von großer Bedeutung. Dementsprechend gilt es, die Verteilung der Unternehmen in Deutschland auf unterschiedliche Wirtschaftszweige zu berücksichtigen. Zudem ist eine Analyse der Ergebnisse für unterschiedlich große Unternehmen von wesentlicher Bedeutung für die zugrundeliegende Thematik.

Aus diesem Grunde wurden die Befragten darum gebeten, den für das Unternehmen wesentlichen Wirtschaftszweig zu nennen (*Frage 1*). Zu diesem Zweck wurde den Befragten in Anlehnung an die NACE-Klassifizierung (statistische Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft) eine Liste von Wirtschaftszweigen vorgelegt, in die diese das Unternehmen einzuordnen hatten. Um die Komplexität der Befragung nicht unnötig zu erhöhen, wurde der Wirtschaftszweig bzw. die Branche anhand der durch die EU-Kommission definierten 21 Abschnitte (Buchstabencode) abgefragt.¹³³ Die folgende Tabelle enthält die Verteilung der Unternehmen der befragten Personen auf die 21 Wirtschaftszweige, wobei das Resultat für die gesamte Stichprobe und für unterschiedliche Größenkategorien von Unternehmen aufgezeigt wird:

¹³² Dabei ist zu beachten, dass, aufgrund der im Fragebogen berücksichtigten Bedingungen für die Beantwortung einzelner Fragen, nicht sämtliche Fragen durch jeden Befragten beantwortet wurden. Diese sind dennoch als vollständige ausgefüllte Fragebögen zu bewerten.

¹³³ Die NACE-Klassifizierung umfasst zudem eine detailliertere Erfassung des Wirtschaftszweiges durch Abteilungen, Gruppen und Klassen. Diese Unterteilung ist für die vorliegende Studie jedoch nicht zielführend, so dass diese außer Acht gelassen wurde.

NACE	Wirtschaftszweig	Unternehmensgröße (nach Mitarbeiterzahl)				Gesamt
		Kleinst	Klein	Mittel	Groß	
B	Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden	0,0%	,2%	,3%	0,0%	0,2%
C	Verarbeitendes Gewerbe	6,2%	16,3%	23,5%	30,5%	19,1%
D	Energieversorgung	1,3%	,5%	1,1%	3,3%	1,3%
E	Wasserversorgung, Abwasser- / Abfallentsorgung usw.	0,0%	1,0%	1,6%	1,0%	1,0%
F	Baugewerbe	11,1%	12,1%	5,1%	1,9%	8,0%
G	Handel; Instandhalt./Reparatur v. Kfz/Gebrauchsgütern	19,0%	23,1%	21,9%	24,8%	22,3%
H	Verkehr und Lagerei	3,1%	5,8%	5,1%	4,3%	4,8%
I	Gastgewerbe	7,5%	4,4%	2,4%	0,0%	3,6%
J	Information und Kommunikation	3,5%	2,9%	3,5%	3,3%	3,3%
K	Erbringung von Finanz-/ Versicherungsdienstleistungen	2,2%	1,0%	2,1%	5,2%	2,3%
L	Grundstücks- und Wohnungswesen	9,3%	2,7%	2,1%	0,0%	3,3%
M	Freiberufl., wissenschaftl. u. techn. Dienstleistungen	14,6%	8,5%	5,3%	4,3%	7,9%
N	Sonstige wirtschaftliche Dienstleistungen	5,3%	4,9%	7,5%	7,6%	6,2%
P	Erziehung und Unterricht	0,0%	3,4%	2,7%	0,0%	2,0%
Q	Gesundheits- und Sozialwesen	6,6%	9,0%	12,0%	11,9%	10,0%
R	Kunst, Unterhaltung und Erholung	3,1%	1,0%	,8%	0,0%	1,1%
S	Erbringung von sonstigen Dienstleistungen	7,1%	3,4%	2,9%	1,9%	3,7%

Tabelle 14: Verteilung der Stichprobe auf einzelne Branchen nach NACE-Klassifizierung¹³⁴

Die Einteilung nach Unternehmensgröße ergibt sich aus der Mitarbeiterzahl, die von der EU-Kommission als zentrales Kriterium für die Einteilung von Unternehmen in

¹³⁴ Die Branchen „Land- und Forstwirtschaft, Fischerei“, „Öffentliche Verwaltung, Verteidigung; Sozialversicherung“, „Private Haushalte mit Hauspersonal“ und „Exterritoriale Organisationen und Körperschaften“ sind in der generierten Stichprobe nicht vertreten. Es ist dabei anzumerken, dass diese keine weiterreichende Relevanz für die vorliegende Studie haben.

verschiedene Größenkategorien empfohlen wird.¹³⁵ Das statistische Bundesamt, das Institut für Mittelstandsforschung sowie die Industrie- und Handelskammern folgen dieser Empfehlung im Wesentlichen. Als Schwellenwerte für die Einordnung von Unternehmen als Kleinst-, Klein-, mittleres und Großunternehmen werden folgende Mitarbeiterzahlen genannt:

- Kleinstunternehmen: < 10 Mitarbeiter
- Kleinunternehmen: 10 bis < 50 Mitarbeiter
- Mittleres Unternehmen: 50 < 250 Mitarbeiter
- Großunternehmen: 250 Mitarbeiter und mehr

Frage 2: Ca. wie viele Mitarbeiter (Kopfzahl) hat Ihr Unternehmen zum Ende des vergangenen Geschäftsjahres beschäftigt?

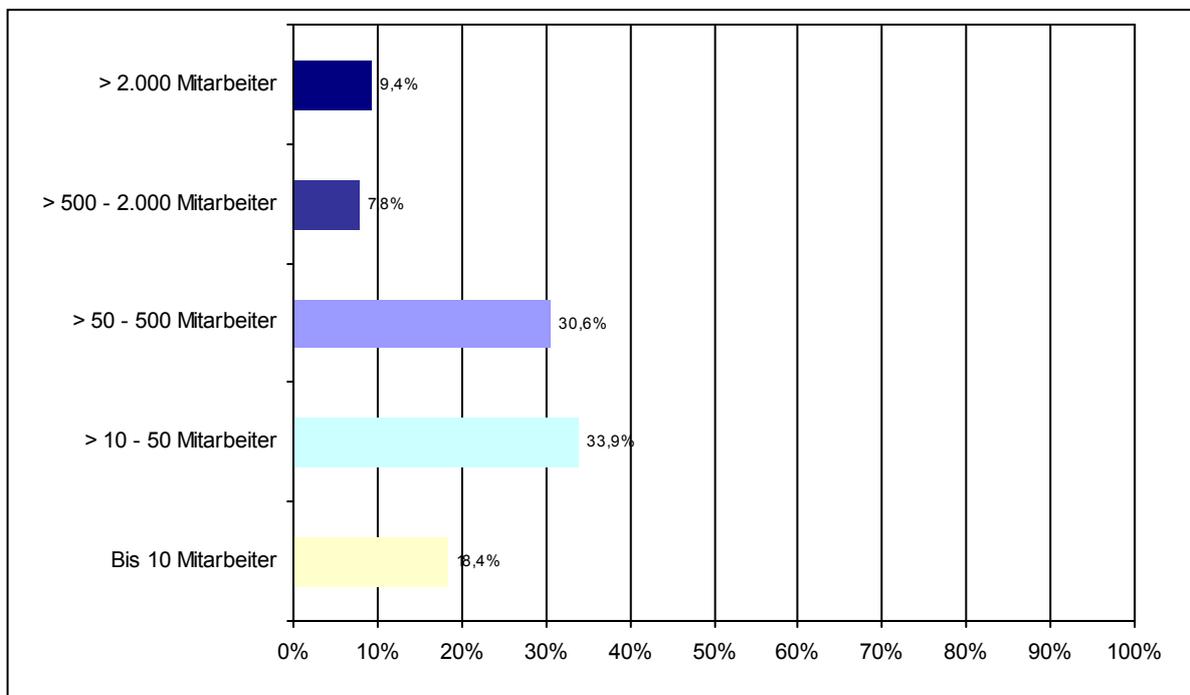


Abbildung 24: Verteilung der Unternehmen auf unterschiedliche Mitarbeiterzahlen

Darüber hinaus wird als sekundäres Kriterium der Jahresumsatz oder die Jahresbilanzsumme angeführt, die zur Vervollständigung der Einteilung von Unternehmen nach Unternehmensgröße herangezogen wird. Dabei gelten für den Jahresumsatz folgende Schwellenwerte:

¹³⁵ Siehe Nachweis Fn. 44.

- Kleinunternehmen: ≤ 2 Mio. Euro
- Kleinunternehmen: > 2 Mio. bis ≤ 10 Mio. Euro
- Mittleres Unternehmen: > 10 Mio. bis ≤ 50 Mio. Euro
- Großunternehmen: > 50 Mio. Euro

Frage 3: Ca. welchen Umsatz hat Ihr Unternehmen im vergangenen Geschäftsjahr erzielt?

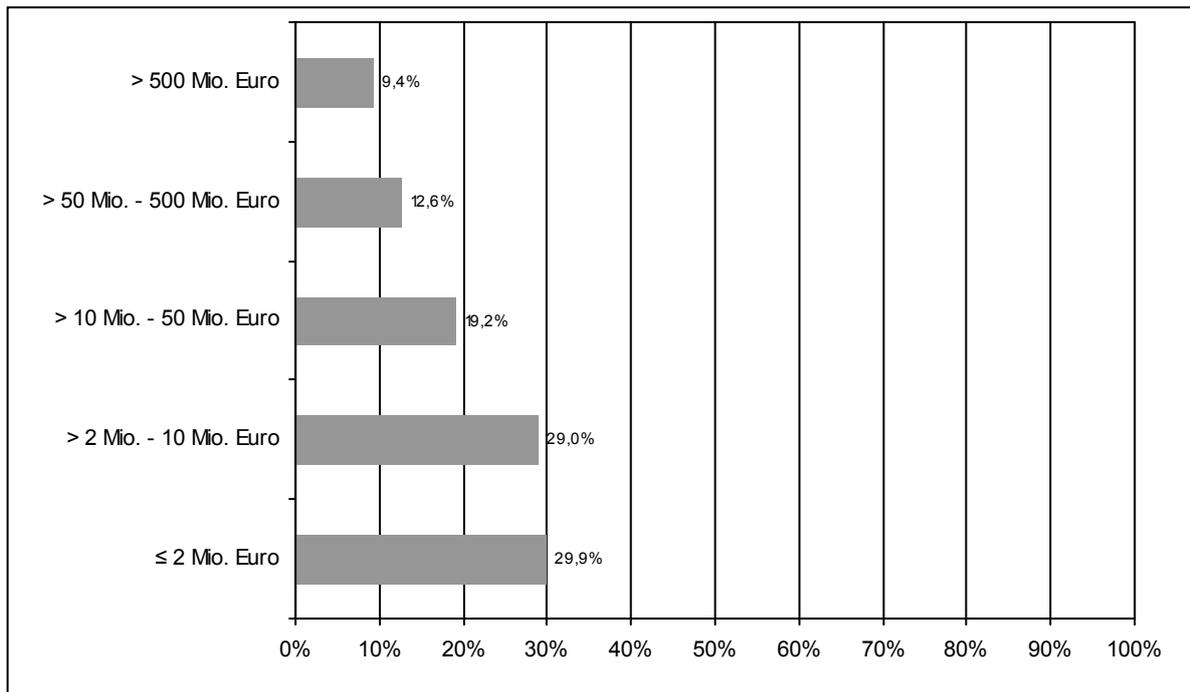


Abbildung 25: Verteilung der Unternehmen auf unterschiedliche Jahresumsätze

Aufgrund der Komplexität einer zweidimensionalen Kategorisierung der Unternehmen in verschiedene Größenkategorien wird in dieser Studie ausschließlich die Mitarbeiterzahl als Kriterium herangezogen. Darüber hinaus lassen sich die im Rahmen der Befragung erfassten Unternehmen nicht durchweg überschneidungsfrei einteilen. Eine eindeutige Einteilung der Unternehmen nach Größe hätte damit die Elimination eines nicht geringen Teils der Stichprobe zur Folge, was wiederum nicht zielführend gewesen wäre. Die folgende Tabelle zeigt die Kreuzung der beiden Kriterien Mitarbeiterzahl und Jahresumsatz:¹³⁶

¹³⁶ Grau hinterlegte Zellen signalisieren die eindeutig zugeteilten Unternehmen anhand von beiden Kriterien.

		Jahresumsatz im vergangenen Geschäftsjahr				
		≤ 2 Mio. Euro	> 2 Mio. Euro - 10 Mio. Euro	>10 Mio. Euro - 50 Mio. Euro	> 50 Mio. Euro - 500 Mio. Euro	> 500 Mio. Euro
Mitarbeiter zum Ende des vergangenen Geschäftsjah- res	Bis 10	16,5%	1,9%	,1%	0,0%	0,0%
	> 10 bis 50	13,1%	17,7%	2,5%	,2%	,1%
	> 50 - 500	,8%	7,9%	15,0%	5,3%	1,0%
	> 500 - 2.000	,2%	,1%	1,0%	5,5%	1,5%
	> 2.000 Mitar- beiter	0,0%	,2%	,2%	1,4%	7,9%

Tabelle 15: Kreuzung der Kriterien Mitarbeiterzahl und Jahresumsatz

Die Tabelle zeigt, dass ein nicht zu vernachlässigender Teil der Stichprobe nicht eindeutig hinsichtlich der Unternehmensgröße eingeteilt werden kann, wenn die beiden Kriterien „Mitarbeiterzahl“ und „Jahresumsatz“ gleichzeitig herangezogen werden sollen. Aus diesem Grunde wird das Kriterium „Jahresumsatz“ nicht weiter berücksichtigt. Bei der Kategorienbildung zur Erfassung der Mitarbeiterzahl wurde zudem von dem Vorschlag abgewichen, ein Unternehmen ab einer Mitarbeiterzahl von mehr als 250 als „groß“ einzuordnen. Hintergrund ist die wesentliche Bedeutung der großen Unternehmen für die vorliegende Studie und die beabsichtigte Einteilung der Unternehmen in verschiedene Größenkategorien anhand nur dieses einen Kriteriums. Aus diesem Grund erfolgt die Einteilung eines Unternehmens in die Kategorie groß erst ab einer Mitarbeiterzahl von 500 Mitarbeitern, was einem eher konservativen Vorgehen entspricht und folglich vorteilhaft für die Ableitung von Schlussfolgerungen ist.

	Definition	Anzahl	Anteil
Kleinstunternehmen	bis 9 Mitarbeiter	224	18,4%
Kleinunternehmen	10 - 49 Mitarbeiter	413	33,9%
Mittlere Unternehmen	50 - 500 Mitarbeiter	373	30,6%
Großunternehmen	> 500 Mitarbeiter	210	17,2%

Tabelle 16: Definition verschiedener Unternehmensgrößen und Anteil in der Stichprobe

Im Sinne der Repräsentanz der Stichprobe gilt es, diese hinsichtlich der Verteilung der Branchen in den einzelnen Größenkategorien an die Grundgesamtheit anzunähern. Folglich wird bei der Auswertung der Einfluss einzelner Fälle des Datensatzes

hoch- bzw. runterskaliert. Die Skalierungsfaktoren ergeben sich aus der Abweichung der Verteilung der Branchen in der Stichprobe von der Verteilung in der Grundgesamtheit. Als Grundlage für diesen Ausgleich wurden Daten des Instituts für Mittstands-forschung von 2010 herangezogen, die der folgenden Tabelle entnommen werden können:

NACE	Wirtschaftszweig	Unternehmensgröße			
		Kleinst	Klein	Mittel	Groß
B	Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden	0,1%	0,2%	0,2%	0,2%
C	Verarbeitendes Gewerbe	5,9%	16,2%	23,7%	28,8%
D	Energieversorgung	1,1%	0,5%	1,1%	3,1%
E	Wasserversorgung, Abwasser-/ Abfallentsorgung usw.	0,3%	1,0%	1,5%	1,1%
F	Baugewerbe	10,7%	12,1%	5,2%	1,8%
G	Handel; Instandhalt./Reparatur v. Kfz/Gebrauchsgütern	18,7%	23,0%	22,3%	23,3%
H	Verkehr und Lagerei	3,2%	5,8%	5,1%	3,9%
I	Gastgewerbe	7,5%	4,4%	2,4%	1,1%
J	Information und Kommunikation	3,6%	3,0%	3,4%	3,2%
K	Erbringung von Finanz-/ Versicherungsdienstleistungen	2,1%	1,0%	2,2%	4,9%
L	Grundstücks- und Wohnungswesen	9,4%	2,5%	2,0%	1,2%
M	Freiberufl., wissenschaftl. u. techn. Dienstleistungen	14,3%	8,5%	5,3%	4,2%
N	Sonstige wirtschaftliche Dienstleistungen	5,1%	4,8%	7,6%	7,3%
P	Erziehung und Unterricht	1,9%	3,5%	2,6%	2,3%
Q	Gesundheits- und Sozialwesen	6,2%	9,0%	11,7%	11,1%
R	Kunst, Unterhaltung und Erholung	3,0%	1,0%	0,8%	0,7%
S	Erbringung von sonstigen Dienstleistungen	7,0%	3,4%	3,0%	2,0%

Tabelle 17: Verteilung der Grundgesamtheit auf einzelne Branchen (IfM 2010)

Die Gewichtungsfaktoren zur Skalierung des Einflusses einzelner Fälle im Datensatz ergeben sich nun nach der Formel:

$$G_{\text{Branche}} = (\text{Anteil}_{\text{Branche}} \text{ in Grundgesamtheit} / \text{Anteil}_{\text{Branche}} \text{ in Stichprobe})$$

Dabei wurden Gewichte für jede Branche innerhalb jeder Größenkategorie ermittelt. Die Verrechnung der so ermittelten Gewichte mit der Stichprobe führte zu folgender Verteilung der Branchen in der Stichprobe:

NACE	Verteilung in Stichprobe nach Gewichtung				Abweichung Stichprobe von Grundgesamtheit			
	Kleinst	Klein	Mittel	Groß	Kleinst	Klein	Mittel	Groß
B	0,0%	0,2%	0,3%	0,0%	0,1%	0,0%	-0,1%	0,2%
C	6,2%	16,3%	23,5%	30,5%	-0,3%	-0,1%	0,2%	-1,7%
D	1,3%	0,5%	1,1%	3,3%	-0,2%	0,0%	0,0%	-0,2%
E	0,0%	1,0%	1,6%	1,0%	0,3%	0,0%	-0,1%	0,1%
F	11,1%	12,1%	5,1%	1,9%	-0,4%	0,0%	0,1%	-0,1%
G	19,0%	23,1%	21,9%	24,8%	-0,3%	-0,1%	0,4%	-1,5%
H	3,1%	5,8%	5,1%	4,3%	0,1%	0,0%	0,0%	-0,4%
I	7,5%	4,4%	2,4%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	1,1%
J	3,5%	2,9%	3,5%	3,3%	0,1%	0,1%	-0,1%	-0,1%
K	2,2%	1,0%	2,1%	5,2%	-0,1%	0,0%	0,1%	-0,3%
L	9,3%	2,7%	2,1%	0,0%	0,1%	-0,2%	-0,1%	1,2%
M	14,6%	8,5%	5,3%	4,3%	-0,3%	0,0%	0,0%	-0,1%
N	5,3%	4,9%	7,5%	7,6%	-0,2%	-0,1%	0,1%	-0,3%
P	0,0%	3,4%	2,7%	0,0%	1,9%	0,1%	-0,1%	2,3%
Q	6,6%	9,0%	12,0%	11,9%	-0,4%	0,0%	-0,3%	-0,8%
R	3,1%	1,0%	0,8%	0,0%	-0,1%	0,0%	0,0%	0,7%
S	7,1%	3,4%	2,9%	1,9%	-0,1%	0,0%	0,1%	0,1%

Tabelle 18: Annäherung der Branchenverteilung in der Stichprobe an die Grundgesamtheit

Die Tabelle zeigt zudem die Abweichung der Stichprobe von der Grundgesamtheit nach der Gewichtung. Diese Differenzen sind auf drei Aspekte zurückzuführen: Erstens liegen zu einigen wenigen Branchen innerhalb der Stichprobe keine Fälle vor,

so dass eine Annäherung an die Grundgesamtheit nicht möglich ist. Zweitens entspricht die Anzahl der Fälle zudem bei wenigen Branchen einer Zahl, die eine passgenaue Abbildung der Grundgesamtheit nicht möglich macht. Drittens sind die dem Projektteam vorliegenden Daten des Instituts für Mittelstandsforschung auf eine Nachkommastelle gerundet, was zu einer Ungenauigkeit in der Anpassung führt. Nichtsdestotrotz zeigt die Verteilung nach der Gewichtung (sowie die Abweichung), dass die Annäherung an die Grundgesamtheit als ausreichend gut gelungen angesehen werden kann. Eine Interpretation der Ergebnisse als stellvertretend für die verschiedenen Größenkategorien ist folglich möglich.¹³⁷

Es sei darüber hinaus darauf hingewiesen, dass die Großunternehmen eine weitere Differenzierung im Rahmen der Auswertung erfahren haben. Hintergrund ist die große Relevanz dieser Unternehmenskategorie für den Untersuchungsgegenstand. Folglich wurden die Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern nochmals in „einfache Großunternehmen“ und „große Großunternehmen“ unterschieden.¹³⁸ Der Kategorie der einfachen Großunternehmen wurden dabei Unternehmen mit mehr als 500 und maximal 2.000 Mitarbeitern zugewiesen, der Kategorie der großen Großunternehmen diejenigen Unternehmen, die mehr als 2.000 Mitarbeitern haben. Die folgende Tabelle enthält einen Überblick über die Kriterien zur Kategorienbildung nach Mitarbeiterzahl und die Verteilung in der Stichprobe:

	Definition	Anzahl	Anteil
Kleinstunternehmen	bis 9 Mitarbeiter	224	18,4%
Kleinunternehmen	10 - 49 Mitarbeiter	413	33,9%
Mittlere Unternehmen	50 - 500 Mitarbeiter	373	30,6%
E.Großunternehmen	> 500 Mitarbeiter	95	7,8 %
G.Großunternehmen	> 2.000 Mitarbeiter	115	9,4 %

Tabelle 19: Erweiterte Definition verschiedener Unternehmensgrößen und Anteil in der Stichprobe

¹³⁷ Auf eine Gewichtung der Stichprobe nach der Verteilung der Größenkategorien in der Grundgesamtheit wurde verzichtet, da die Ergebnisse der Größenkategorien separat analysiert wurden.

¹³⁸ Aufgrund fehlender Informationen wurde bei den Kategorien dieselbe Branchengewichtung zugrunde gelegt.

b) Ergebnisse im Detail

(1) Allgemeine Angaben zum Unternehmen

Frage 4: Verfügt Ihr Unternehmen über eine Rechtsabteilung?

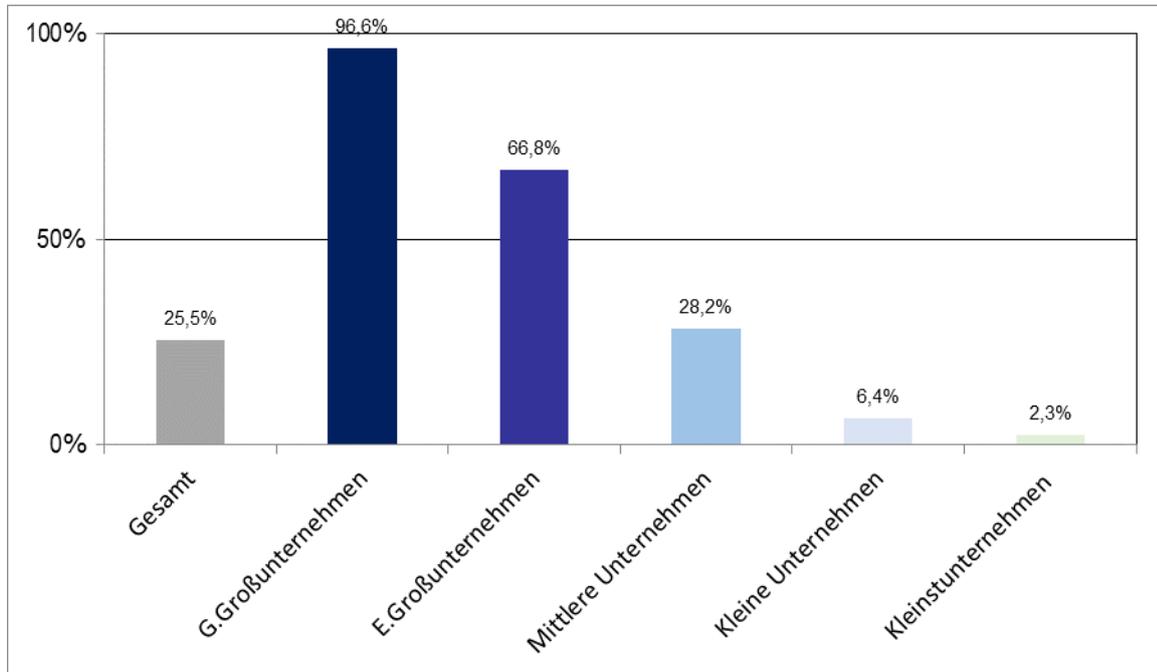


Abbildung 26: Anteil von Unternehmen mit Rechtsabteilung

Frage 4a: Aus ca. wie vielen juristischen Mitarbeitern (Kopfzahl) besteht die Rechtsabteilung?

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	311	2	7,82	29,27	0	500
G.Großunternehmen	111	5	15,78	45,77	0	500
E.Großunternehmen	64	3	4,98	14,61	0	133
Mittlere Unternehmen	105	1	3,15	10,34	0	152
Kleine Unternehmen	26	1	1,16	1,16	0	5
Kleinstunternehmen	5	1	1,32	1,15	0	3

Tabelle 20: Größe der Rechtsabteilung (Anzahl juristische Mitarbeiter)

Frage 5: Wer sind überwiegend Ihre Kunden?

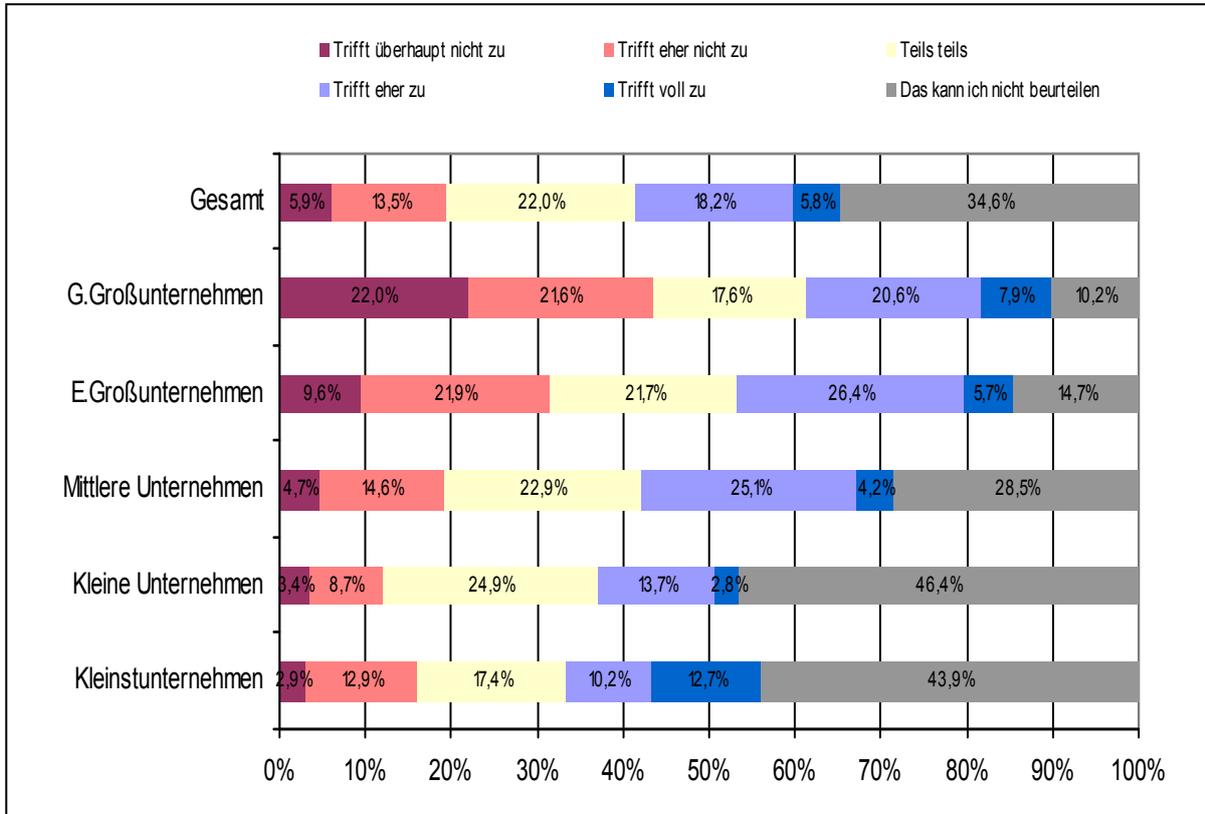


Abbildung 27: Verteilung des Kundenswerpunkts der Unternehmen

Frage 5a: Handelt es sich bei den Unternehmen, die Ihre Kunden sind, überwiegend um mit Ihrem Unternehmen verbundene Unternehmen?

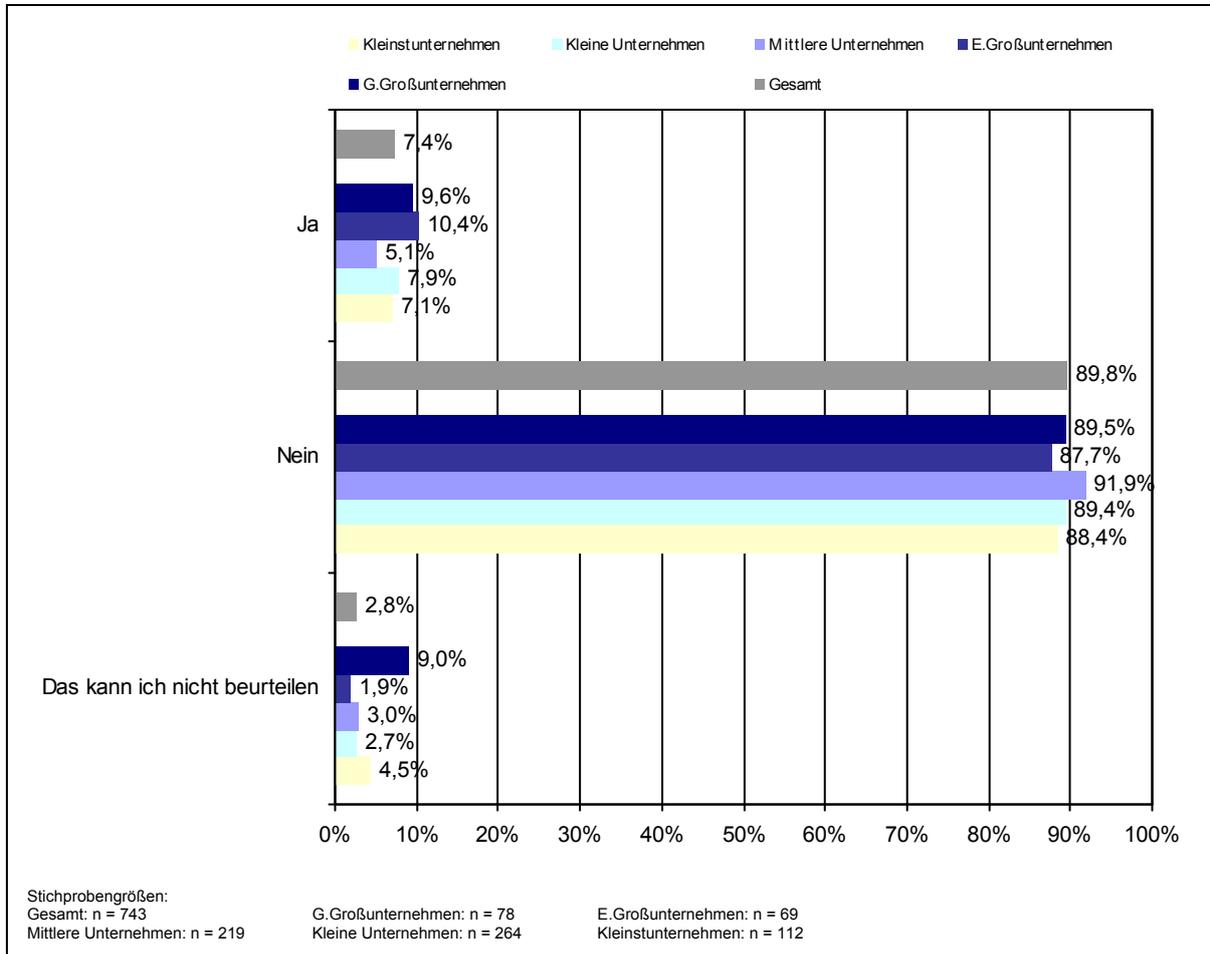


Abbildung 28: Anteil von Unternehmen, deren Kunden mit ihm konzernrechtlich verbunden sind

Frage 6: Handelt es sich bei Ihren Lieferanten, Dienstleistern und Subunternehmern überwiegend um mit Ihrem Unternehmen verbundene Unternehmen?

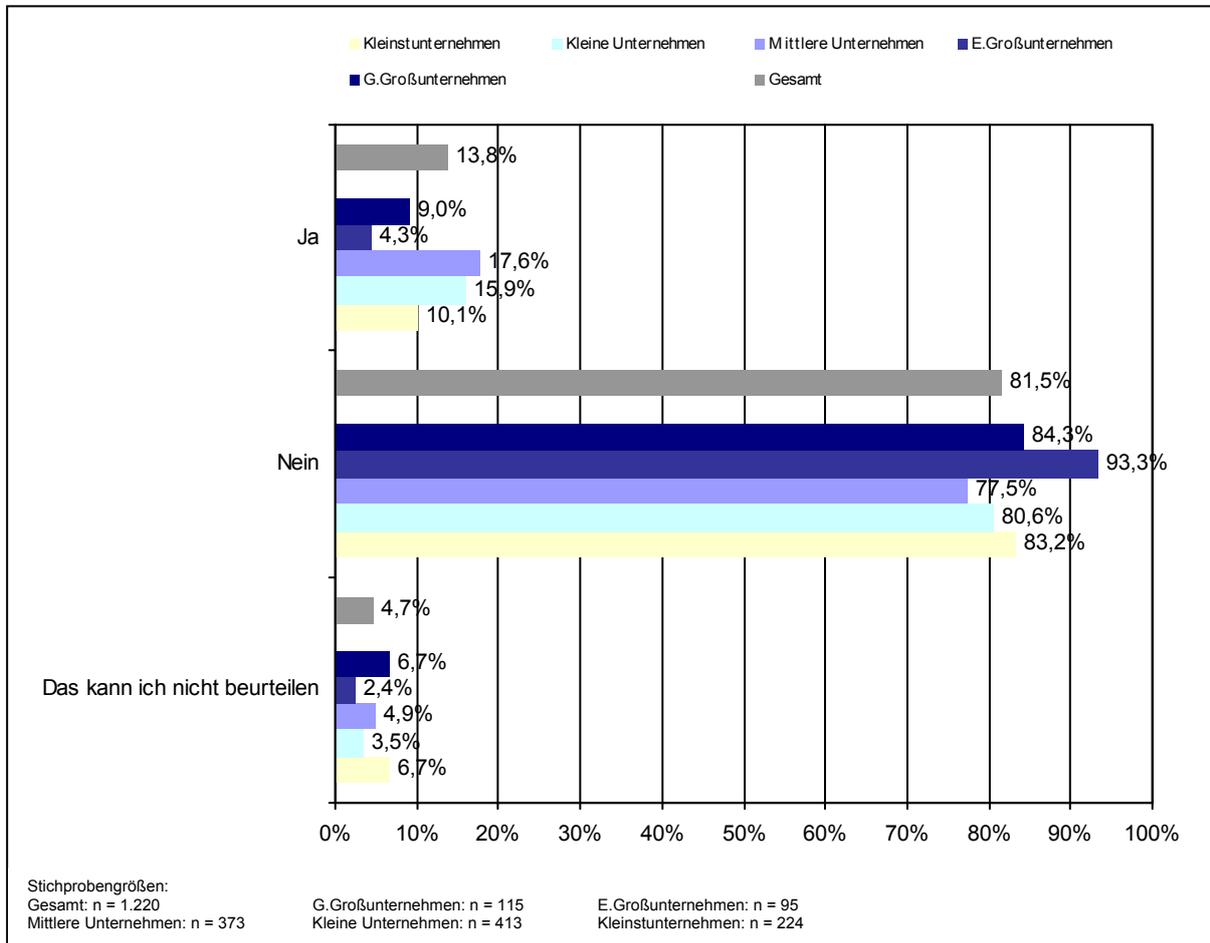


Abbildung 29: Anteil von Unternehmen, deren Lieferanten, Dienstleister und Subunternehmer mit ihm konzernrechtlich verbunden sind

Frage 7: Wie schätzen Sie den Konkurrenzdruck auf Ihren bedeutsamsten Absatzmärkten ein?

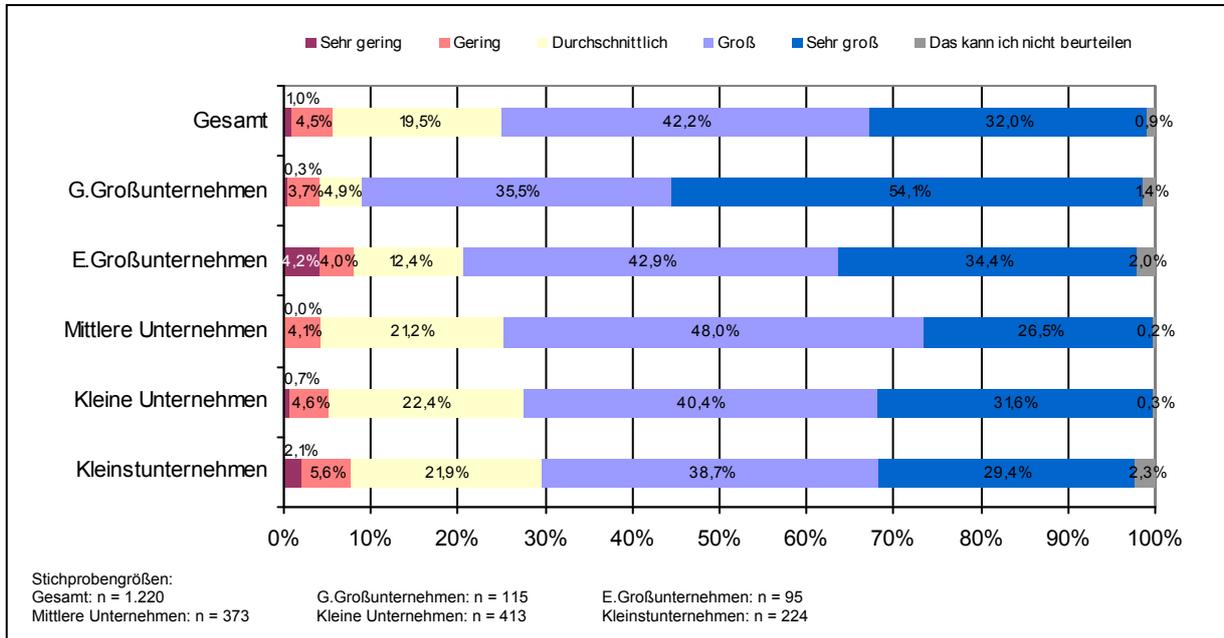


Abbildung 30: Konkurrenzdruck auf Absatzmärkten

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	1210	2	1,99	0,89	1	5
G.Großunternehmen	113	1	1,59	0,79	1	5
E.Großunternehmen	93	2	1,99	0,10	1	5
Mittlere Unternehmen	372	2	2,03	0,80	1	4
Kleine Unternehmen	412	2	2,02	0,89	1	5
Kleinstunternehmen	219	2	2,10	0,97	1	5

Tabelle 21: Deskriptive Statistik zu Frage 7

Frage 8: Wie groß ist Ihre Abhängigkeit von Zulieferern, Dienstleistern und Subunternehmern?

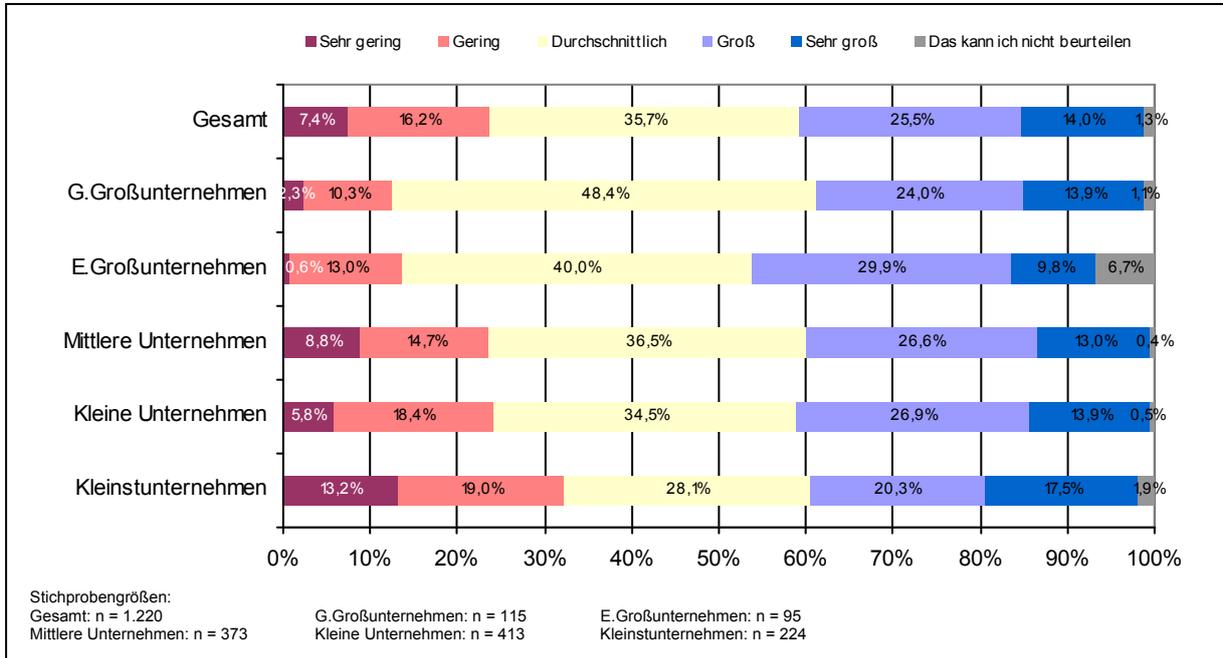


Abbildung 31: Abhängigkeit von Zulieferern, Dienstleistern und Subunternehmern

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	1205	3	2,77	1,11	1	5
G.Großunternehmen	113	3	2,63	0,93	1	5
E.Großunternehmen	89	3	2,62	0,88	1	5
Mittlere Unternehmen	372	3	2,80	1,12	1	5
Kleine Unternehmen	411	3	2,75	1,09	1	5
Kleinstunternehmen	220	3	2,90	1,29	1	5

Tabelle 22: Deskriptive Statistik zu Frage 8

(2) Vertrags- und Abschlussmodalitäten

(a) Anbieterperspektive

Frage 9: Welchen Anteil am Gesamtumsatz hat der Auslandsumsatz?

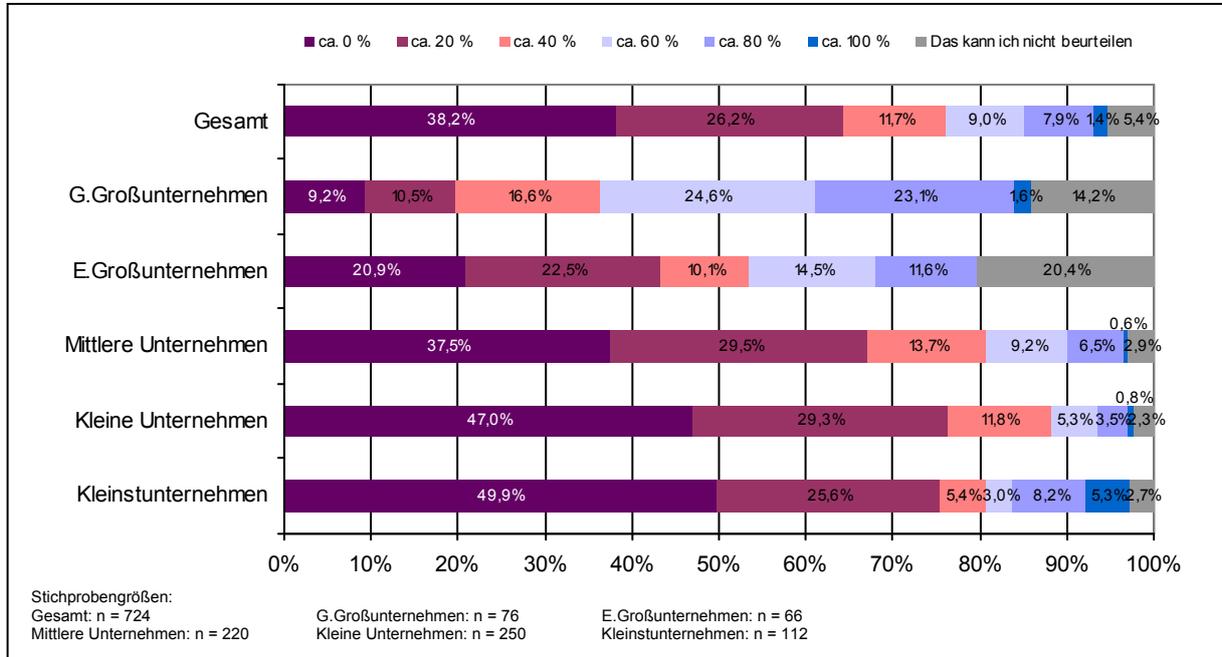


Abbildung 32: Anteil des Auslandsumsatzes am Gesamtumsatz

	n	Ø % ¹³⁹	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	1205	24,5	3	2,77	1,11	1	5
G.Großunternehmen	113	38,6	3	2,63	0,93	1	5
E.Großunternehmen	89	33,4	3	2,62	0,88	1	5
Mittlere Unternehmen	372	23,4	3	2,80	1,12	1	5
Kleine Unternehmen	411	17,8	3	2,75	1,09	1	5
Kleinstunternehmen	220	21,5	3	2,90	1,29	1	5

Tabelle 23: Deskriptive Statistik zu Frage 9

¹³⁹ Zusätzlich zu den Lagemaßen „Median“ und „Mittelwert“, die die vorgegebenen Skalenpunkte repräsentieren, wurde für die bessere Lesbar- und Interpretierbarkeit ein weiterer Mittelwert berechnet. Dieser repräsentiert den konkreten durchschnittlichen Anteil in %. Für die Berechnung dieses konkreten Mittelwerts jenseits der ursprünglich vorgegebenen Skalenpunkte (von ca. 0% bis ca. 100% in 20%-Schritten) wurde der berechnete Mittelwert als Faktor mit der sich aus der Skaleneinteilung ergebenden Einheit von 20 % verrechnet. Als Formel zur Berechnung des Wertes gilt: $[\text{Mittelwert} - 1] \cdot 20 \%$. Es sei allerdings darauf hingewiesen, dass der sich daraus ergebende Wert aufgrund von sich ergebenden Ungenauigkeiten vorsichtig zu interpretieren ist.

Frage 10: Welche Vertragsvolumina weisen die mit Ihren Kunden abgeschlossenen Verträge auf?

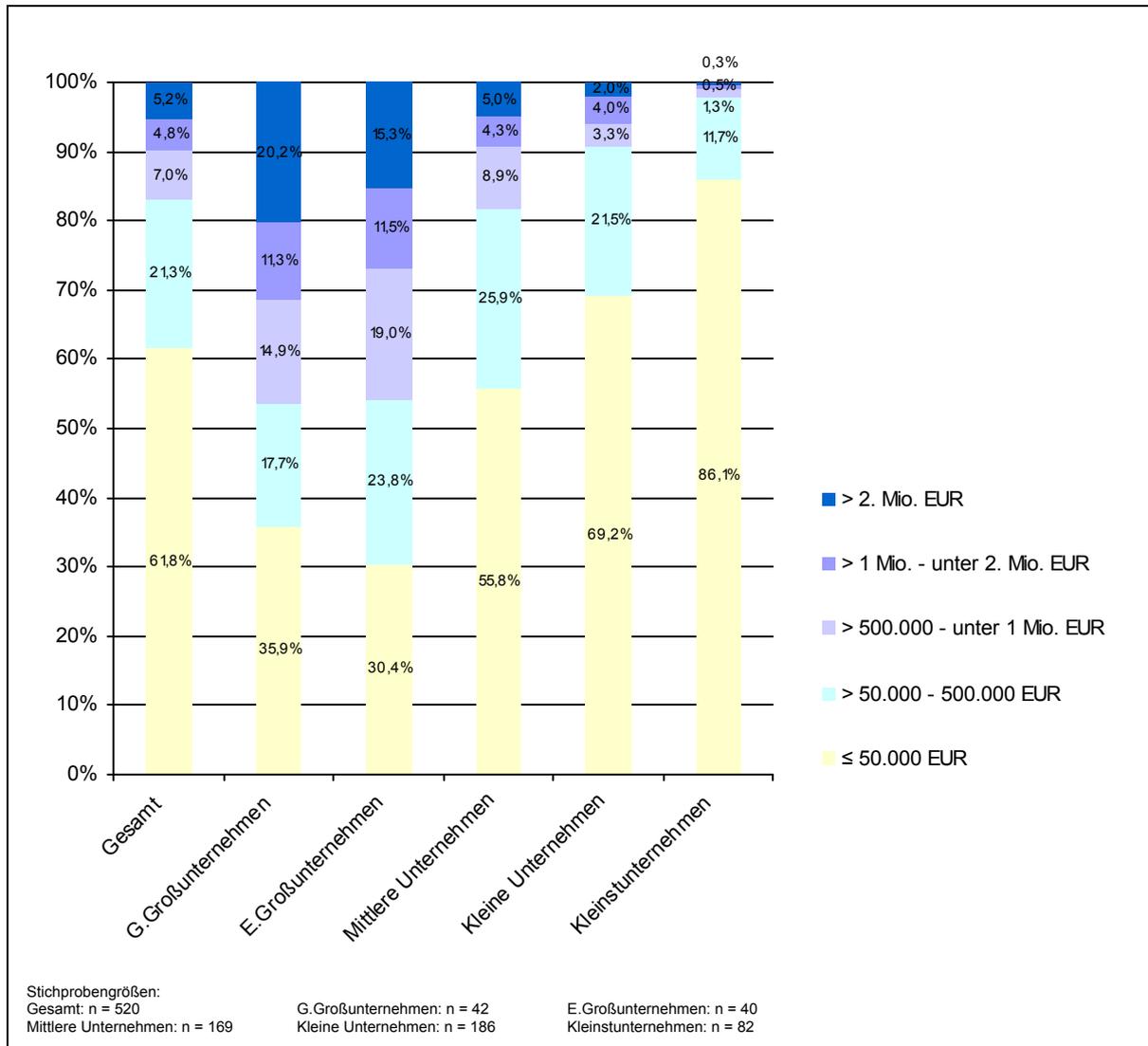


Abbildung 33: Vertragsvolumina der mit Kunden abgeschlossenen Verträge

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	520					
≤ 50.000 Euro		80,00	61,82	37,19	0	100
> 50.000 - 500.000 Euro		11,00	21,25	24,44	0	100
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro		0,00	6,97	12,29	0	90
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro		0,00	4,75	12,30	0	100
> 2. Mio. Euro		0,00	5,21	16,10	0	100

Abbildung 34: Deskriptive Statistik zu Frage 10 für Gesamtstichprobe

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
G.Großunternehmen	42					
≤ 50.000 Euro		25,22	35,89	34,34	0	100
> 50.000 - 500.000 Euro		15,00	17,68	16,19	0	70
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro		10,00	14,90	13,22	0	50
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro		9,56	11,33	10,10	0	40
> 2. Mio. Euro		5,00	20,20	29,26	0	100
E.Großunternehmen	40					
≤ 50.000 Euro		20,00	30,44	29,73	0	100
> 50.000 - 500.000 Euro		20,00	23,75	18,60	0	75
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro		20,00	19,01	15,70	0	50
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro		5,00	11,55	13,95	0	70
> 2. Mio. Euro		5,00	15,25	23,51	0	100
Mittlere Unternehmen	169					
≤ 50.000 Euro		70,00	55,83	36,90	0	100
> 50.000 - 500.000 Euro		20,00	25,94	24,75	0	100
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro		1,00	8,92	13,25	0	90
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro		0,00	4,34	8,61	0	50
> 2. Mio. Euro		0,00	4,97	14,78	0	100
Kleine Unternehmen	186					
≤ 50.000 Euro		81,65	69,22	34,91	0	100
> 50.000 - 500.000 Euro		10,00	21,48	27,16	0	100
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro		0,00	3,27	9,19	0	75
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro		0,00	4,02	16,07	0	100
> 2. Mio. Euro		0,00	2,01	11,10	0	100
Kleinstunternehmen	82					
≤ 50.000 Euro		100,00	86,15	23,97	0	100
> 50.000 - 500.000 Euro		0,00	11,70	20,45	0	100
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro		0,00	1,33	4,98	0	40
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro		0,00	0,54	3,81	0	40
> 2. Mio. Euro		0,00	0,28	1,60	0	10

Tabelle 24: Deskriptive Statistik zu Frage 10 für unterschiedliche Unternehmensgrößen

Frage 11: Von wem werden Vertragsnebenbedingungen bei Vertragsschlüssen mit Ihren Kunden eingeführt?

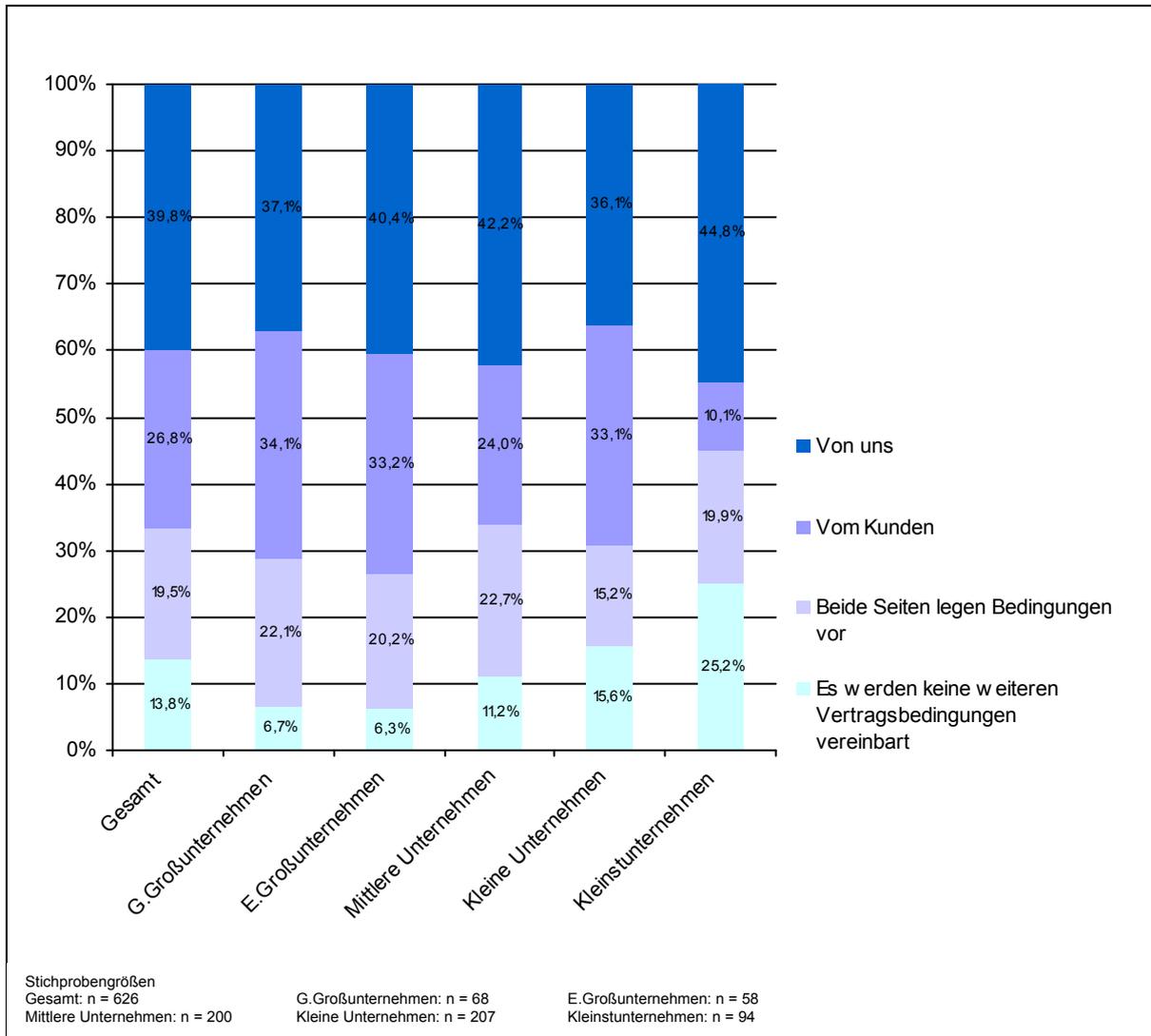


Abbildung 35: Verantwortlicher für die Einführung von Vertragsnebenbedingungen

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	626					
Von uns		25,00	39,83	38,54	0	100
Vom Kunden		10,00	26,84	32,54	0	100
Beide Seiten legen Bedingungen vor		0,00	19,52	32,15	0	100
Es werden (neben Preis und Leistungsbeschreibung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	13,80	30,71	0	100

Tabelle 25: Deskriptive Statistik zu Frage 11 für Gesamtstichprobe

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
G.Großunternehmen	68					
Von uns		30,00	37,08	31,98	0	100
Vom Kunden		30,00	34,14	33,38	0	100
Beide Seiten legen Bedingungen vor		10,00	22,10	29,36	0	100
Es werden (neben Preis und Leistungsbeschreibung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	6,68	22,22	0	95
E.Großunternehmen	58					
Von uns		33,67	40,39	31,17	0	100
Vom Kunden		30,00	33,15	26,58	0	100
Beide Seiten legen Bedingungen vor		10,00	20,19	27,07	0	100
Es werden (neben Preis und Leistungsbeschreibung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	6,27	17,39	0	94
Mittlere Unternehmen	200					
Von uns		30,00	42,15	39,02	0	100
Vom Kunden		10,00	23,96	30,24	0	100
Beide Seiten legen Bedingungen vor		4,50	22,67	34,85	0	100
Es werden (neben Preis und Leistungsbeschreibung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	11,21	27,69	0	100
Kleine Unternehmen	207					
Von uns		14,20	36,08	39,85	0	100
Vom Kunden		19,48	33,07	37,14	0	100
Beide Seiten legen Bedingungen vor		0,00	15,25	31,05	0	100
Es werden (neben Preis und Leistungsbeschreibung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	15,59	32,38	0	100
Kleinstunternehmen	94				0	100
Von uns		40,00	44,79	42,58	0	100
Vom Kunden		0,00	10,10	20,67	0	100
Beide Seiten legen Bedingungen vor		0,00	19,93	32,91	0	100
Es werden (neben Preis und Leistungsbeschreibung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	25,19	40,23	0	100

Tabelle 26: Deskriptive Statistik zu Frage 11 für unterschiedliche Unternehmensgrößen

Frage 12: In welcher Form werden solche „Vertragsnebenbedingungen“ bei Vertragsschlüssen mit ihren Kunden eingeführt?

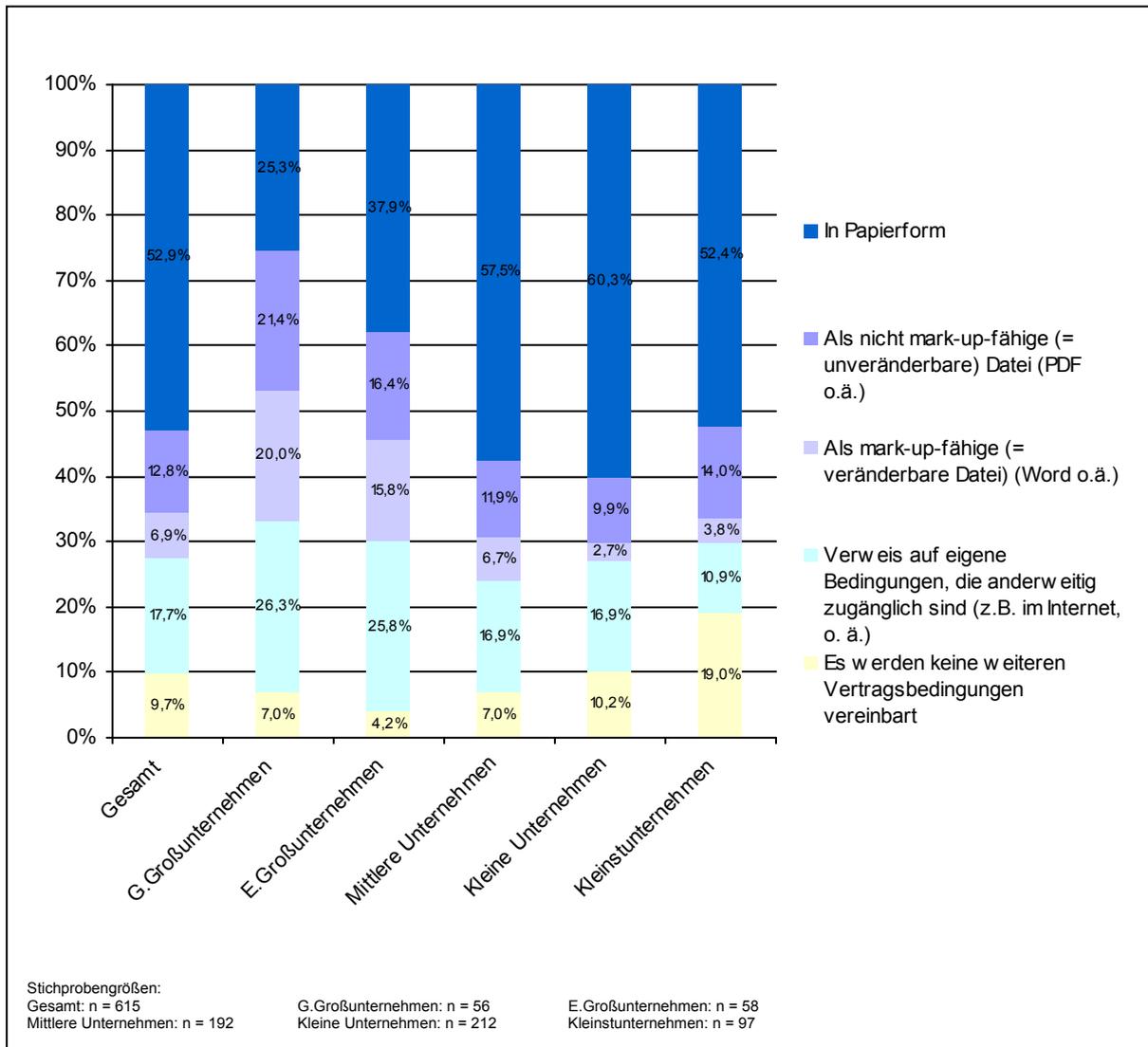


Abbildung 36: Form, in der Vertragsnebenbedingungen vorliegen

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	615					
In Papierform		50,00	52,86	41,35	0	100
Als nicht mark-up-fähige (= unveränderbare) Datei (PDF o.ä.)		0,00	12,83	22,93	0	100
Als mark-up-fähige (= veränderbare Datei) (Word o.ä.)		0,00	6,92	17,96	0	100
Verweis auf eigene Bedingungen, die anderweitig zugänglich sind (z.B. im Internet, o. ä.)		0,00	17,67	29,85	0	100
Es werden (neben Preis und Leistung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	9,73	26,34	0	100

Tabelle 27: Deskriptive Statistik zu Frage 12 für Gesamtstichprobe

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
G. Großunternehmen	56					
In Papierform		10,00	25,35	30,89	0	100
Als nicht mark-up-fähige (= unveränderbare) Datei (PDF o.ä.)		15,89	21,37	23,84	0	100
Als mark-up-fähige (= veränderbare Datei) (Word o.ä.)		18,71	19,97	24,03	0	95
Verweis auf eigene Bedingungen, die anderweitig zugänglich sind (z.B. im Internet, o. ä.)		20,00	26,31	29,12	0	98
Es werden (neben Preis und Leistung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	7,00	22,30	0	95
E. Großunternehmen	58					
In Papierform		20,00	37,91	39,37	0	100
Als nicht mark-up-fähige (= unveränderbare) Datei (PDF o.ä.)		10,00	16,39	21,16	0	90
Als mark-up-fähige (= veränderbare Datei) (Word o.ä.)		0,00	15,77	23,75	0	90
Verweis auf eigene Bedingungen, die anderweitig zugänglich sind (z.B. im Internet, o. ä.)		10,27	25,78	31,29	0	100
Es werden (neben Preis und Leistung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	4,16	13,60	0	85
Mittlere Unternehmen	192					
In Papierform		65,87	57,48	38,760	0	100
Als nicht mark-up-fähige (= unveränderbare) Datei (PDF o.ä.)		0,00	11,91	21,85	0	100
Als mark-up-fähige (= veränderbare Datei) (Word o.ä.)		0,00	6,71	18,30	0	100
Verweis auf eigene Bedingungen, die anderweitig zugänglich sind (z.B. im Internet, o. ä.)		0,00	16,93	28,50	0	100
Es werden (neben Preis und Leistung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	6,97	20,22	0	100
Kleine Unternehmen	212					
In Papierform		80,00	60,26	41,18	0	100
Als nicht mark-up-fähige (= unveränderbare) Datei (PDF o.ä.)		0,00	9,89	21,37	0	100
Als mark-up-fähige (= veränderbare Datei) (Word o.ä.)		0,00	2,69	10,55	0	100
Verweis auf eigene Bedingungen, die anderweitig zugänglich sind (z.B. im Internet, o. ä.)		0,00	16,92	30,93	0	100
Es werden (neben Preis und Leistung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	10,24	27,80	0	100
Kleinstunternehmen	97					
In Papierform		60,00	52,37	44,860	0	100
Als nicht mark-up-fähige (= unveränderbare) Datei (PDF o.ä.)		0,00	13,98	27,32	0	100
Als mark-up-fähige (= veränderbare Datei) (Word o.ä.)		0,00	3,77	17,04	0	100
Verweis auf eigene Bedingungen, die anderweitig zugänglich sind (z.B. im Internet, o. ä.)		0,00	10,92	27,93	0	100
Es werden (neben Preis und Leistung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	18,97	37,46	0	100

Tabelle 28: Deskriptive Statistik zu Frage 12 für unterschiedliche Unternehmensgrößen

Frage 13: Ca. wie viel Zeit verwendet Ihr Unternehmen bei Vertragsschlüssen mit Kunden auf die Gestaltung bzw. Verhandlung der Vertragsnebenbedingungen?

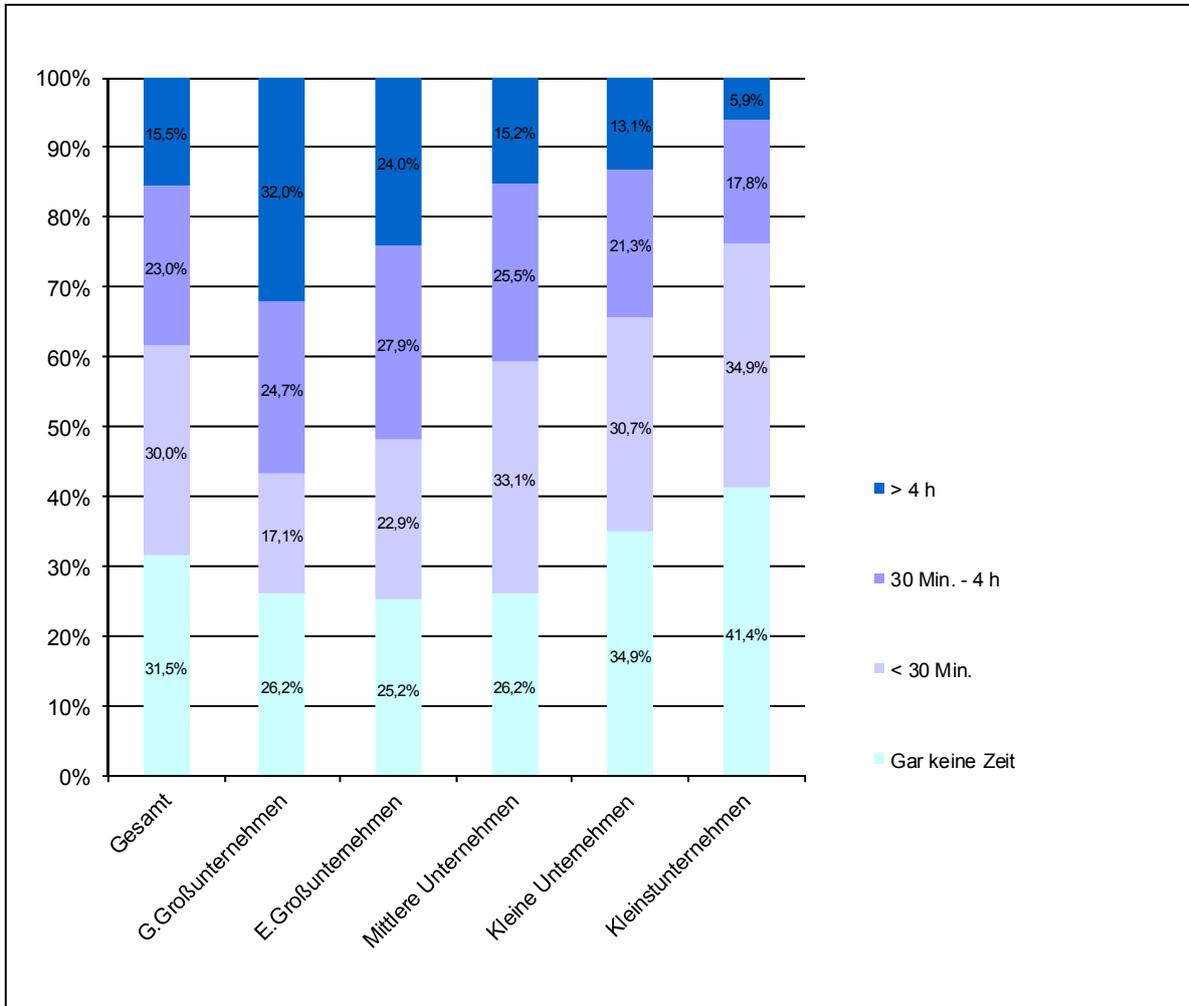


Abbildung 37: Verwendete Zeit für Verhandlung von Vertragsnebenbedingungen

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	628					
Gar keine Zeit		0,00	31,53	41,79	0	100
< 30 Min.		10,00	30,01	38,48	0	100
30 Min. - 4 h		5,00	22,95	32,46	0	100
> 4 h		0,00	15,51	29,72	0	100

Tabelle 29: Deskriptive Statistik zu Frage 13 für Gesamtstichprobe

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
G. Großunternehmen	63					
Gar keine Zeit		1,14	26,19	36,93	0	100
< 30 Min.		0,00	17,11	26,89	0	90
30 Min. - 4 h		20,00	24,66	25,34	0	100
> 4 h		20,00	32,04	35,15	0	100
E. Großunternehmen	57					
Gar keine Zeit		0,00	25,17	35,20	0	100
< 30 Min.		10,00	22,94	32,57	0	100
30 Min. - 4 h		15,00	27,89	31,83	0	100
> 4 h		10,00	24,01	32,55	0	100
Mittlere Unternehmen	191					
Gar keine Zeit		0,00	26,20	39,14	0	100
< 30 Min.		10,00	33,09	38,55	0	100
30 Min. - 4 h		10,00	25,50	32,04	0	100
> 4 h		0,00	15,21	27,45	0	100
Kleine Unternehmen	219					
Gar keine Zeit		0,00	34,92	44,40	0	100
< 30 Min.		2,00	30,65	40,66	0	100
30 Min. - 4 h		0,00	21,29	34,82	0	100
> 4 h		0,00	13,13	30,84	0	100
Kleinstunternehmen	98					
Gar keine Zeit		4,00	41,37	45,21	0	100
< 30 Min.		10,00	34,95	41,06	0	100
30 Min. - 4 h		0,00	17,77	31,89	0	100
> 4 h		0,00	5,91	19,26	0	100

Tabelle 30: Deskriptive Statistik zu Frage 13 für unterschiedliche Unternehmensgrößen

Frage 13a: Warum wird vielfach keine bzw. wenig Zeit auf die Gestaltung bzw. Verhandlung von VNB verwandt?

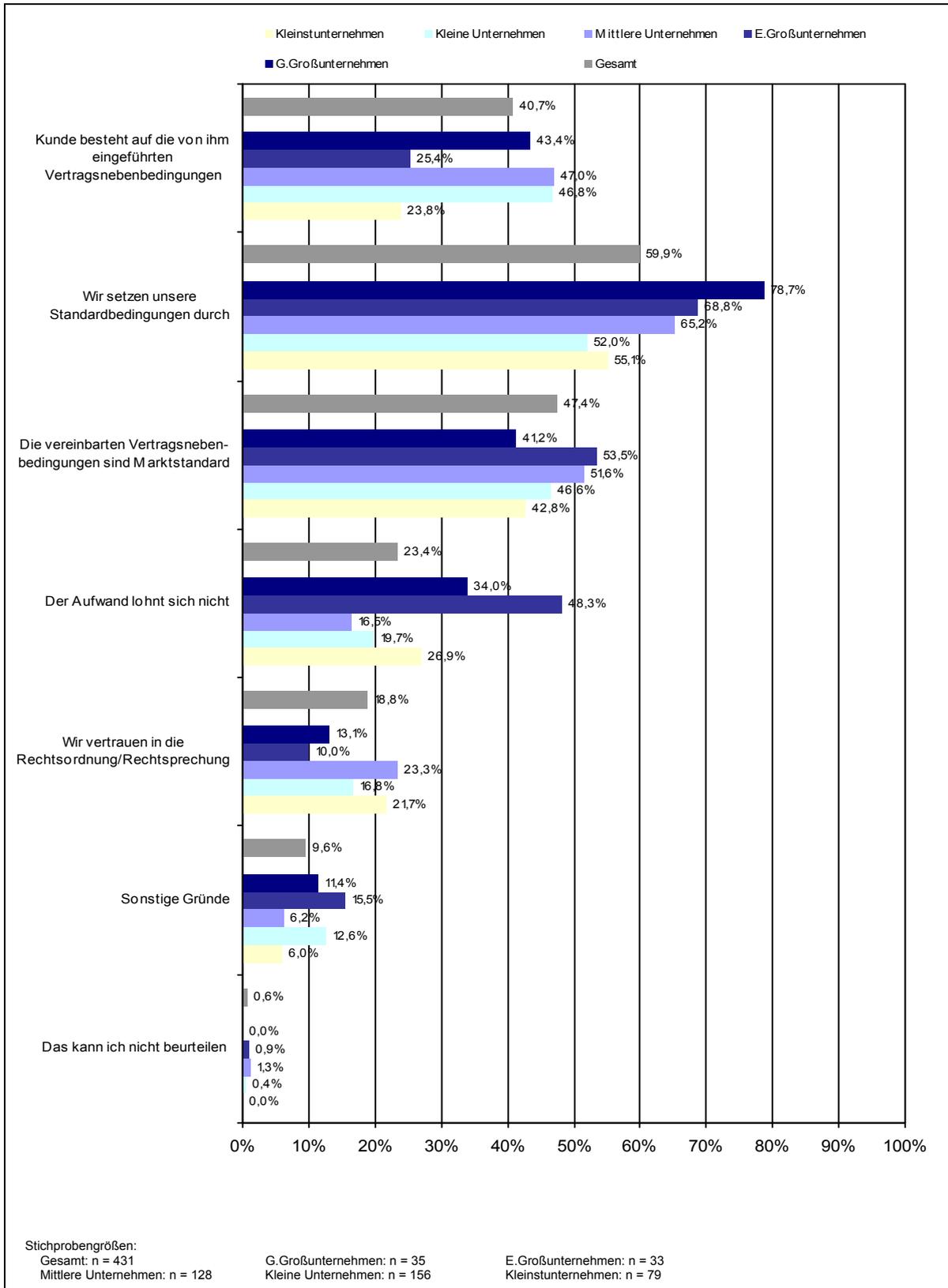


Abbildung 38: Gründe für geringen Zeitaufwand bei Gestaltung bzw. Verhandlung von Vertragsnebenbedingungen

Frage 14: Ist Ihr Unternehmen bei Vertragsschlüssen mit Kunden in der Lage, seine Vorstellungen von den Vertragsnebenbedingungen durchzusetzen?

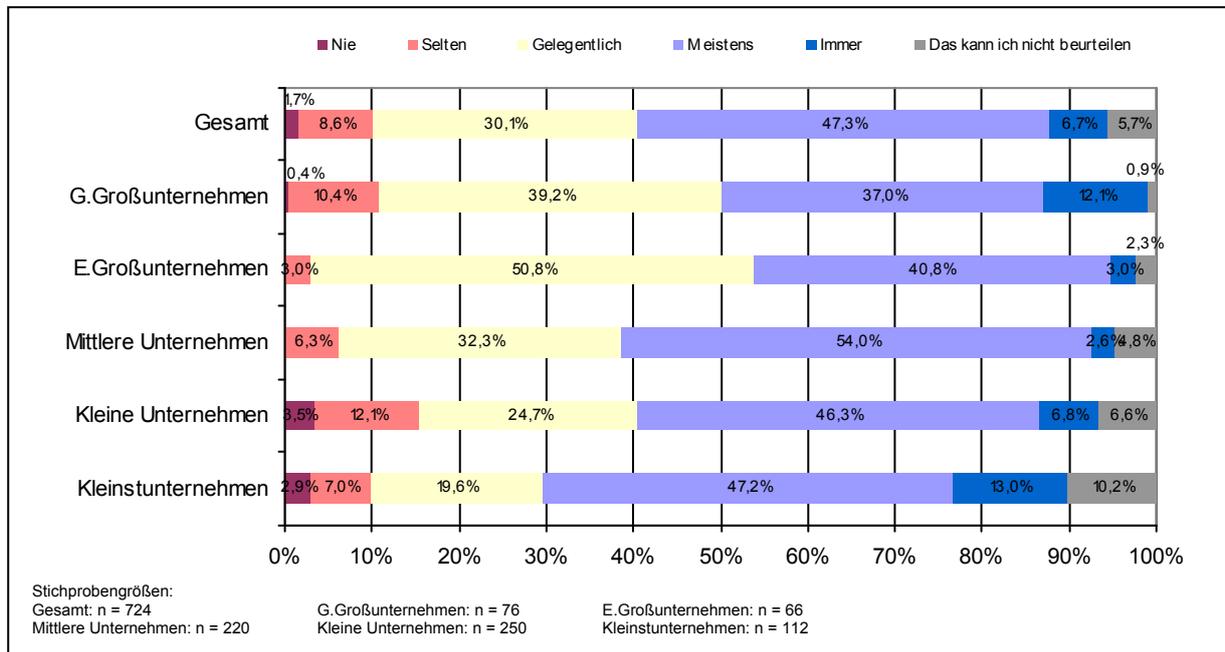


Abbildung 39: Durchsetzbarkeit von Vertragsnebenbedingungen

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	724	4	3,52	0,83	1	5
G.Großunternehmen	76	3	3,50	0,86	1	5
E.Großunternehmen	66	3	3,45	0,61	2	5
Mittlere Unternehmen	220	4	3,55	0,66	2	5
Kleine Unternehmen	250	4	3,44	0,94	1	5
Kleinstunternehmen	112	4	3,67	0,93	1	5

Tabelle 31: Deskriptive Statistik zu Frage 14

(b) Abnehmerperspektive

Frage 15: Wie groß ist der Anteil von Leistungen, den Sie von ausländischen Anbietern beziehen (Geschäftsvolumen)?

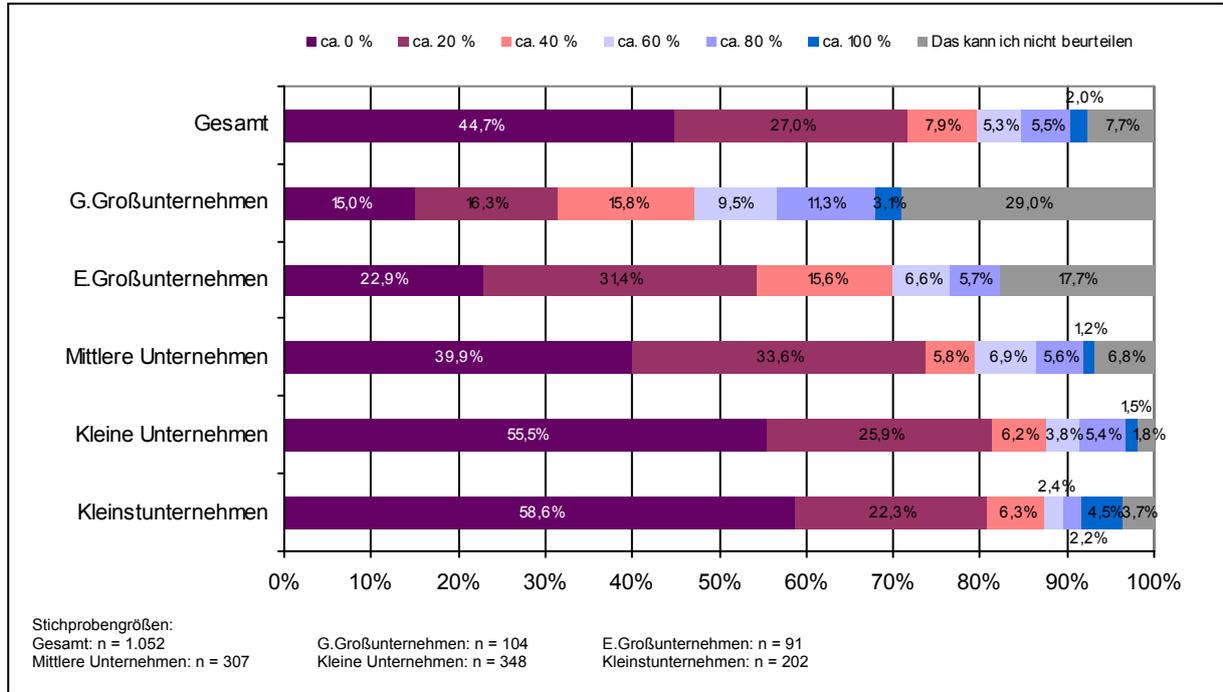


Abbildung 40: Anteil von Leistungen, die von ausländischen Anbietern bezogen werden

	n	Ø % ¹⁴⁰	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	1052	19,6	2	1,98	1,30	1	6
G.Großunternehmen	104	38,6	3	2,93	1,50	1	6
E.Großunternehmen	91	25,6	2	2,28	1,17	1	5
Mittlere Unternehmen	307	20,3	2	2,02	1,24	1	6
Kleine Unternehmen	348	16,0	1	1,80	1,22	1	6
Kleinstunternehmen	202	15,2	1	1,76	1,30	1	6

Tabelle 32: Deskriptive Statistik zu Frage 15

¹⁴⁰ Siehe Anm. Fn. 139.

Frage 16: Welche Volumina weisen die Vertragsschlüsse auf, die Ihr Unternehmen als Abnehmer tätigt?

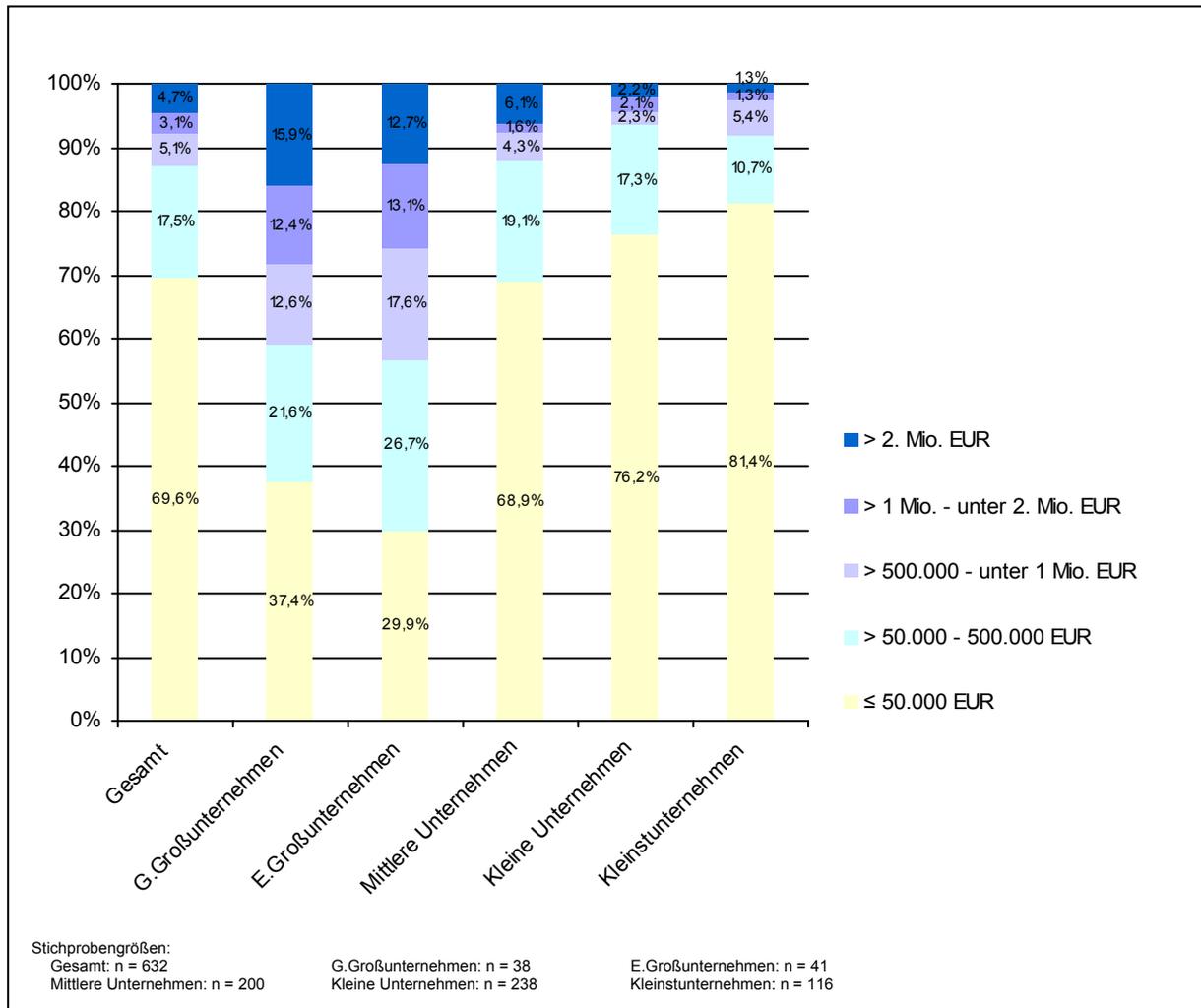


Abbildung 41: Volumina von als Abnehmer getätigten Vertragsschlüssen

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	632					
≤ 50.000 Euro		90,00	69,57	36,87	0	100
> 50.000 - 500.000 Euro		5,00	17,51	25,48	0	100
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro		0,00	5,09	13,54	0	100
> 1 Mio. - unter 2 Mio. Euro		0,00	3,10	11,078	0	100
> 2 Mio. Euro		0,00	4,74	16,64	0	100

Tabelle 33: Deskriptive Statistik zu Frage 16 für Gesamtstichprobe

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
G. Großunternehmen	38					
≤ 50.000 Euro		20,00	37,42	34,56	0	100
> 50.000 - 500.000 Euro		20,00	21,63	19,34	0	80
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro		10,00	12,60	11,07	0	45
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro		10,00	12,45	11,98	0	50
> 2. Mio. Euro		5,00	15,90	21,30	0	80
E. Großunternehmen	41					
≤ 50.000 Euro		18,55	29,93	29,50	0	100
> 50.000 - 500.000 Euro		20,00	26,69	19,51	0	95
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro		15,00	17,55	15,28	0	50
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro		10,00	13,13	12,52	0	35
> 2. Mio. Euro		10,00	12,69	16,68	0	90
Mittlere Unternehmen	200					
≤ 50.000 Euro		85,00	68,90	34,68	0	100
> 50.000 - 500.000 Euro		10,00	19,10	25,09	0	100
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro		0,00	4,33	11,43	0	100
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro		0,00	1,62	7,32	0	100
> 2. Mio. Euro		0,00	6,06	21,13	0	100
Kleine Unternehmen	238					
≤ 50.000 Euro		95,00	76,23	34,82	0	100
> 50.000 - 500.000 Euro		2,00	17,28	27,69	0	100
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro		0,00	2,25	9,69	0	100
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro		0,00	2,05	12,53	0	100
> 2. Mio. Euro		0,00	2,19	12,14	0	90
Kleinstunternehmen	116					
≤ 50.000 Euro		100,00	81,38	32,79	0	100
> 50.000 - 500.000 Euro		0,00	10,67	23,60	0	100
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro		0,00	5,42	19,40	0	100
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro		0,00	1,25	9,16	0	100
> 2. Mio. Euro		0,00	1,28	10,57	0	100

Tabelle 34: Deskriptive Statistik zu Frage 16 für unterschiedliche Unternehmensgrößen

Frage 17: Von wem werden die "Vertragsnebenbedingungen" bei Vertragsschlüssen, die Ihr Unternehmen als Abnehmer mit Vertragspartnern tätigt, eingeführt?

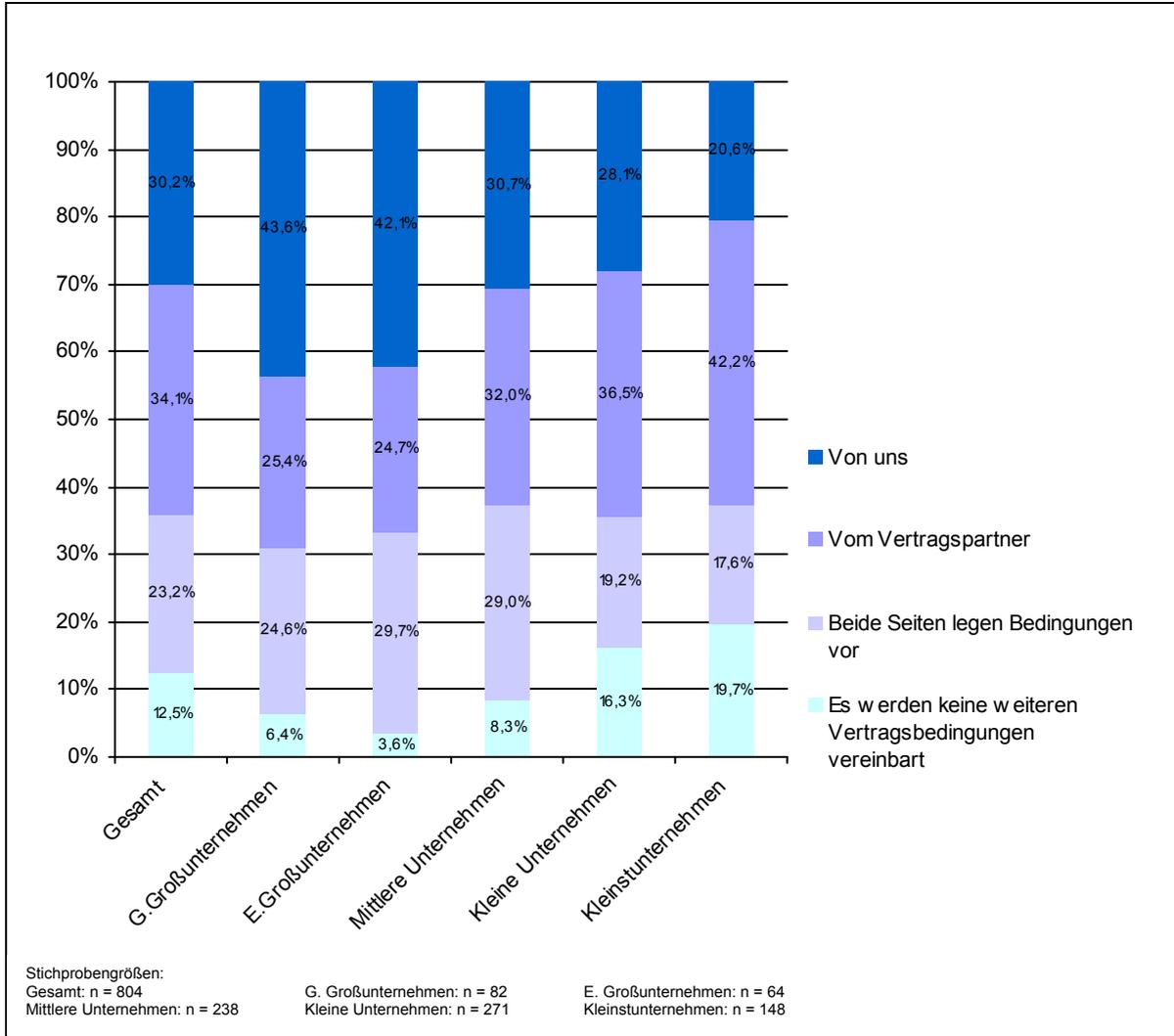


Abbildung 42: Verursacher der Einführung von Vertragsnebenbedingungen bei Vertragsschlüssen als Abnehmer

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	804					
Von uns		10,00	30,17	35,621	0	100
Vom Kunden		20,00	34,11	37,671	0	100
Beide Seiten legen Bedingungen vor		0,00	23,19	36,178	0	100
Es werden (neben Preis und Leistungsbeschreibung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	12,53	29,055	0	100

Tabelle 35: Deskriptive Statistik zu Frage 17

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
G.Großunternehmen	82					
Von uns		50,00	43,61	32,552	0	100
Vom Kunden		17,42	25,45	27,179	0	100
Beide Seiten legen Bedingungen vor		10,00	24,57	31,498	0	100
Es werden (neben Preis und Leistungsbeschreibung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	6,37	16,456	0	70
E.Großunternehmen	64					
Von uns		43,38	42,08	29,72	0	100
Vom Kunden		20,00	24,67	24,13	0	100
Beide Seiten legen Bedingungen vor		20,00	29,66	35,03	0	100
Es werden (neben Preis und Leistungsbeschreibung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	3,60	13,32	0	90
Mittlere Unternehmen	238					
Von uns		10,00	30,71	34,81	0	100
Vom Kunden		16,52	31,98	36,07	0	100
Beide Seiten legen Bedingungen vor		8,18	29,00	39,76	0	100
Es werden (neben Preis und Leistungsbeschreibung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	8,31	23,57	0	100
Kleine Unternehmen	271					
Von uns		5,00	28,05	37,65	0	100
Vom Kunden		11,79	36,46	40,61	0	100
Beide Seiten legen Bedingungen vor		0,00	19,20	35,61	0	100
Es werden (neben Preis und Leistungsbeschreibung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	16,29	33,58	0	100
Kleinstunternehmen	148					
Von uns		0,00	20,56	33,78	0	100
Vom Kunden		30,10	42,15	42,42	0	100
Beide Seiten legen Bedingungen vor		0,00	17,57	32,51	0	100
Es werden (neben Preis und Leistungsbeschreibung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	19,73	35,41	0	100

Tabelle 36: Deskriptive Statistik zu Frage 17 für unterschiedliche Unternehmensgrößen

Frage 18: In welcher Form werden solche "Vertragsnebenbedingungen" bei Vertragsschlüssen, die Ihr Unternehmen als Abnehmer tätigt, eingeführt?

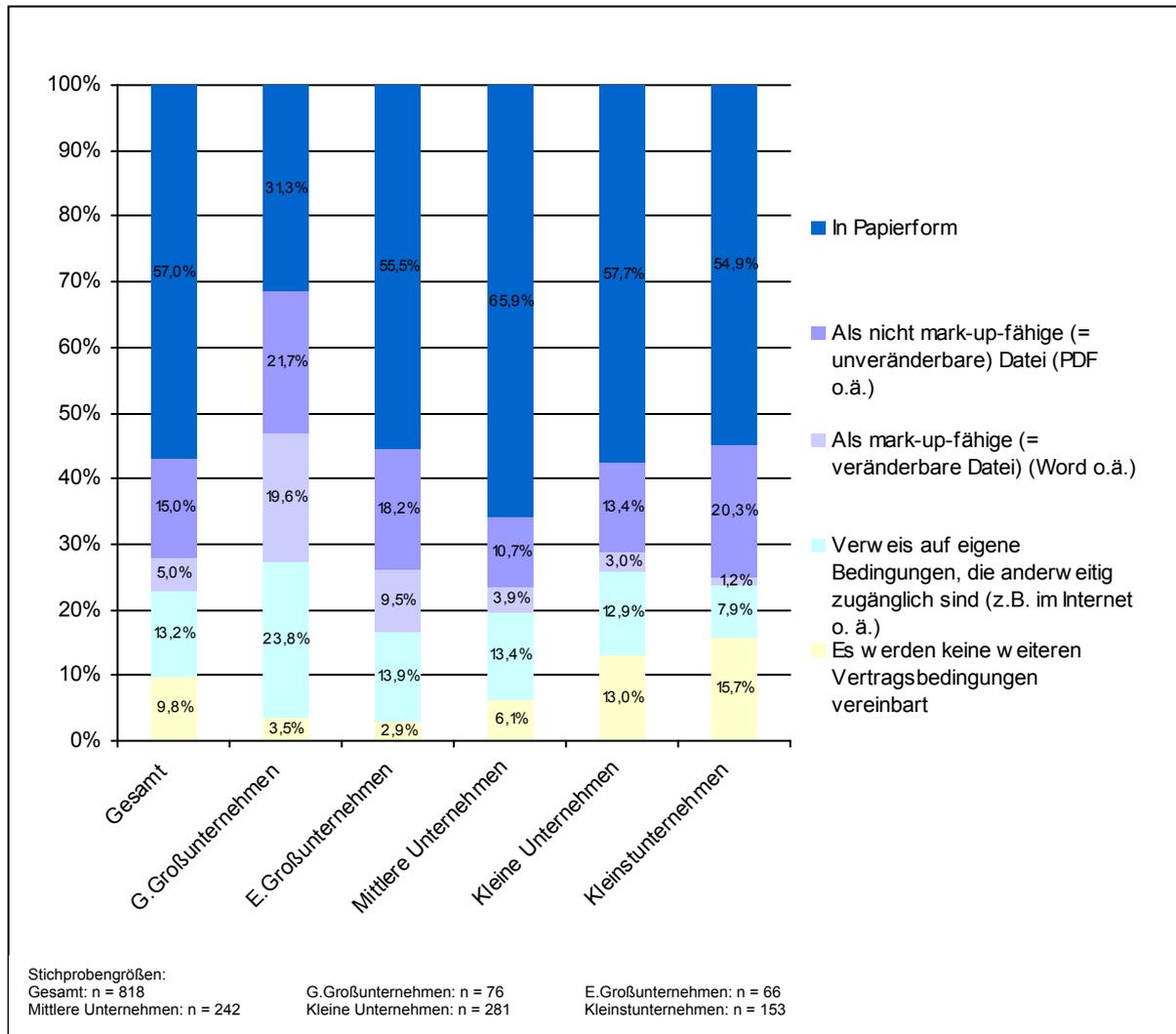


Abbildung 43: Form, in der Vertragsnebenbedingungen vorliegen

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	818					
In Papierform		70,00	57,00	41,494	0	100
Als nicht mark-up-fähige (= unveränderbare) Datei (PDF o.ä.)		0,00	15,04	27,309	0	100
Als mark-up-fähige (= veränderbare Datei) (Word o.ä.)		0,00	4,98	15,900	0	100
Verweis auf eigene Bedingungen, die anderweitig zugänglich sind (z.B. im Internet, o. ä.)		0,00	13,23	25,788	0	100
Es werden (neben Preis und Leistung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	9,75	26,500	0	100

Abbildung 44: Deskriptive Statistik zu Frage 18 für Gesamtstichprobe

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
G. Großunternehmen	76					
In Papierform		10,00	31,33	36,238	0	100
Als nicht mark-up-fähige (= unveränderbare) Datei (PDF o.ä.)		18,85	21,74	24,464	0	100
Als mark-up-fähige (= veränderbare Datei) (Word o.ä.)		10,00	19,56	26,175	0	90
Verweis auf eigene Bedingungen, die anderweitig zugänglich sind (z.B. im Internet, o. ä.)		10,00	23,83	27,604	0	100
Es werden (neben Preis und Leistung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	3,54	10,84	0	55
E. Großunternehmen	66					
In Papierform		60,00	18,22	26,29	0	100
Als nicht mark-up-fähige (= unveränderbare) Datei (PDF o.ä.)		5,00	9,51	19,03	0	90
Als mark-up-fähige (= veränderbare Datei) (Word o.ä.)		0,00	13,86	20,64	0	90
Verweis auf eigene Bedingungen, die anderweitig zugänglich sind (z.B. im Internet, o. ä.)		5,00	2,87	11,84	0	90
Es werden (neben Preis und Leistung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	18,22	26,29	0	100
Mittlere Unternehmen	242					
In Papierform		80,00	10,71	22,38	0	100
Als nicht mark-up-fähige (= unveränderbare) Datei (PDF o.ä.)		0,00	3,86	13,95	0	100
Als mark-up-fähige (= veränderbare Datei) (Word o.ä.)		0,00	13,45	25,28	0	100
Verweis auf eigene Bedingungen, die anderweitig zugänglich sind (z.B. im Internet, o. ä.)		0,00	6,09	19,40	0	100
Es werden (neben Preis und Leistung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	10,71	22,38	0	100
Kleine Unternehmen	281					
In Papierform		80,00	57,71	43,19	0	100
Als nicht mark-up-fähige (= unveränderbare) Datei (PDF o.ä.)		0,00	13,36	28,59	0	100
Als mark-up-fähige (= veränderbare Datei) (Word o.ä.)		0,00	3,04	13,97	0	100
Verweis auf eigene Bedingungen, die anderweitig zugänglich sind (z.B. im Internet, o. ä.)		0,00	12,93	28,18	0	100
Es werden (neben Preis und Leistung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	12,95	30,68	0	100
Kleinstunternehmen	153					
In Papierform		50,00	54,94	42,48	0	100
Als nicht mark-up-fähige (= unveränderbare) Datei (PDF o.ä.)		0,00	20,27	32,04	0	100
Als mark-up-fähige (= veränderbare Datei) (Word o.ä.)		0,00	1,17	7,87	0	100
Verweis auf eigene Bedingungen, die anderweitig zugänglich sind (z.B. im Internet, o. ä.)		0,00	7,93	21,37	0	100
Es werden (neben Preis und Leistung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart		0,00	15,69	34,73	0	100

Tabelle 37: Deskriptive Statistik zu Frage 18 für unterschiedliche Unternehmensgrößen

Frage 19: Ca. wie viel Zeit verwendet Ihr Unternehmen bei Vertragsschlüssen, an denen es als Abnehmer beteiligt ist, auf die Gestaltung bzw. Verhandlung der Vertragsnebenbedingungen?

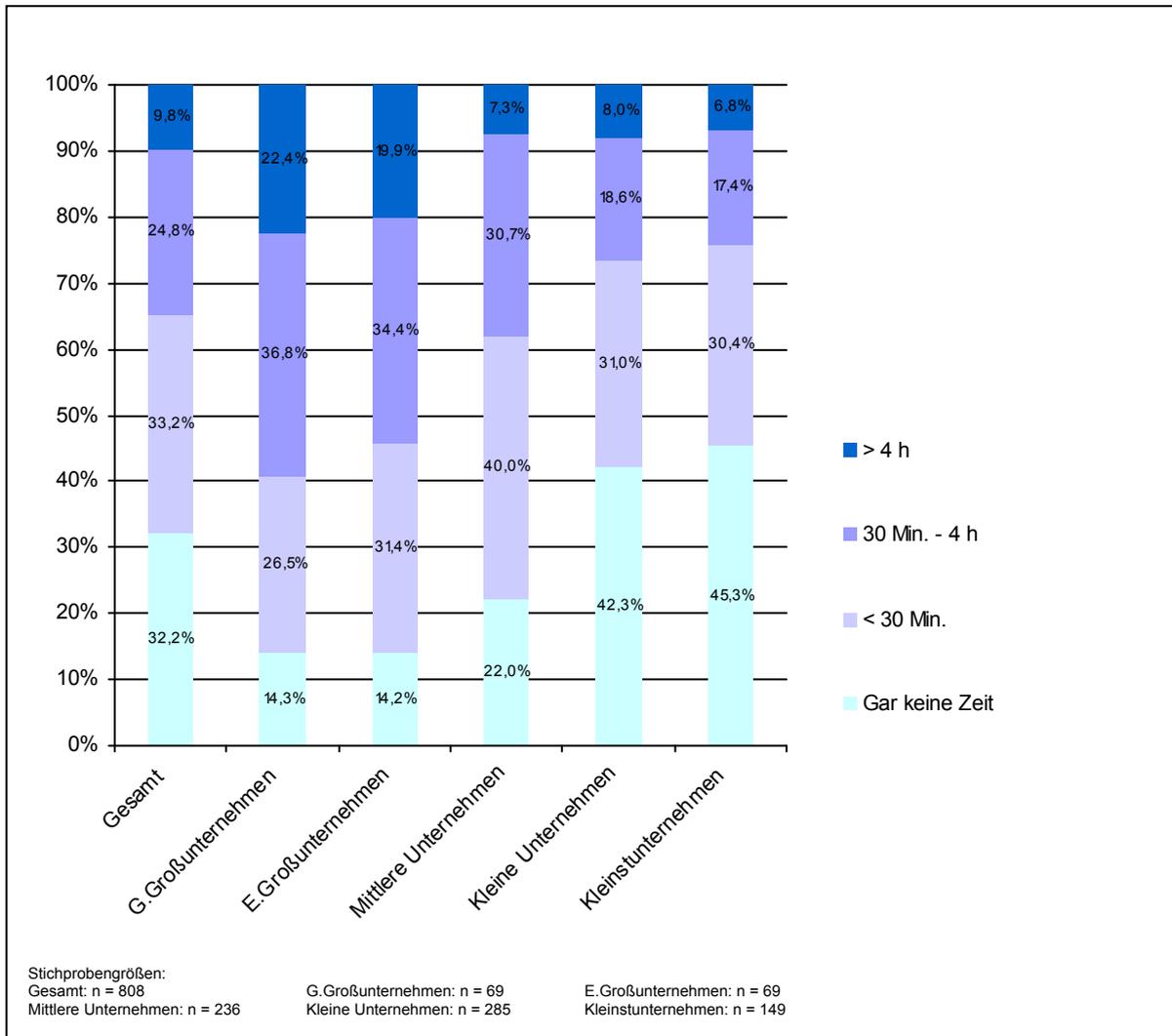


Abbildung 45: Verwendete Zeit für Verhandlung von Vertragsnebenbedingungen

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	808					
Gar keine Zeit		0,00	32,15	42,35	0	100
< 30 Min.		10,00	33,18	39,66	0	100
30 Min. - 4 h		3,00	24,84	35,16	0	100
> 4 h		0,00	9,82	24,11	0	100

Tabelle 38: Deskriptive Statistik zu Frage 19 für Gesamtstichprobe

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
G. Großunternehmen	69					
Gar keine Zeit		0,00	14,27	24,94	0	92
< 30 Min.		19,41	26,51	29,30	0	100
30 Min. - 4 h		30,00	36,80	29,91	0	100
> 4 h		15,00	22,42	27,70	0	100
E. Großunternehmen	69					
Gar keine Zeit		0,00	14,21	24,98	0	95
< 30 Min.		20,00	31,43	33,48	0	100
30 Min. - 4 h		26,79	34,44	33,33	0	100
> 4 h		5,00	19,92	28,55	0	100
Mittlere Unternehmen	236					
Gar keine Zeit		0,00	22,01	36,58	0	100
< 30 Min.		20,00	40,01	41,64	0	100
30 Min. - 4 h		10,00	30,73	38,44	0	100
> 4 h		0,00	7,26	19,54	0	100
Kleine Unternehmen	285					
Gar keine Zeit		0,00	42,32	46,35	0	100
< 30 Min.		5,00	31,01	40,56	0	100
30 Min. - 4 h		0,00	18,62	33,89	0	100
> 4 h		0,00	8,05	25,30	0	100
Kleinstunternehmen	149					
Gar keine Zeit		39,15	45,34	46,09	0	100
< 30 Min.		0,00	30,41	40,52	0	100
30 Min. - 4 h		0,00	17,44	31,20	0	100
> 4 h		0,00	6,80	21,48	0	100

Tabelle 39: Deskriptive Statistik zu Frage 19 für unterschiedliche Unternehmensgrößen

Frage 19a: Warum wird vielfach keine bzw. wenig Zeit auf die Gestaltung bzw. Verhandlung von Vertragsnebenbedingungen verwandt?

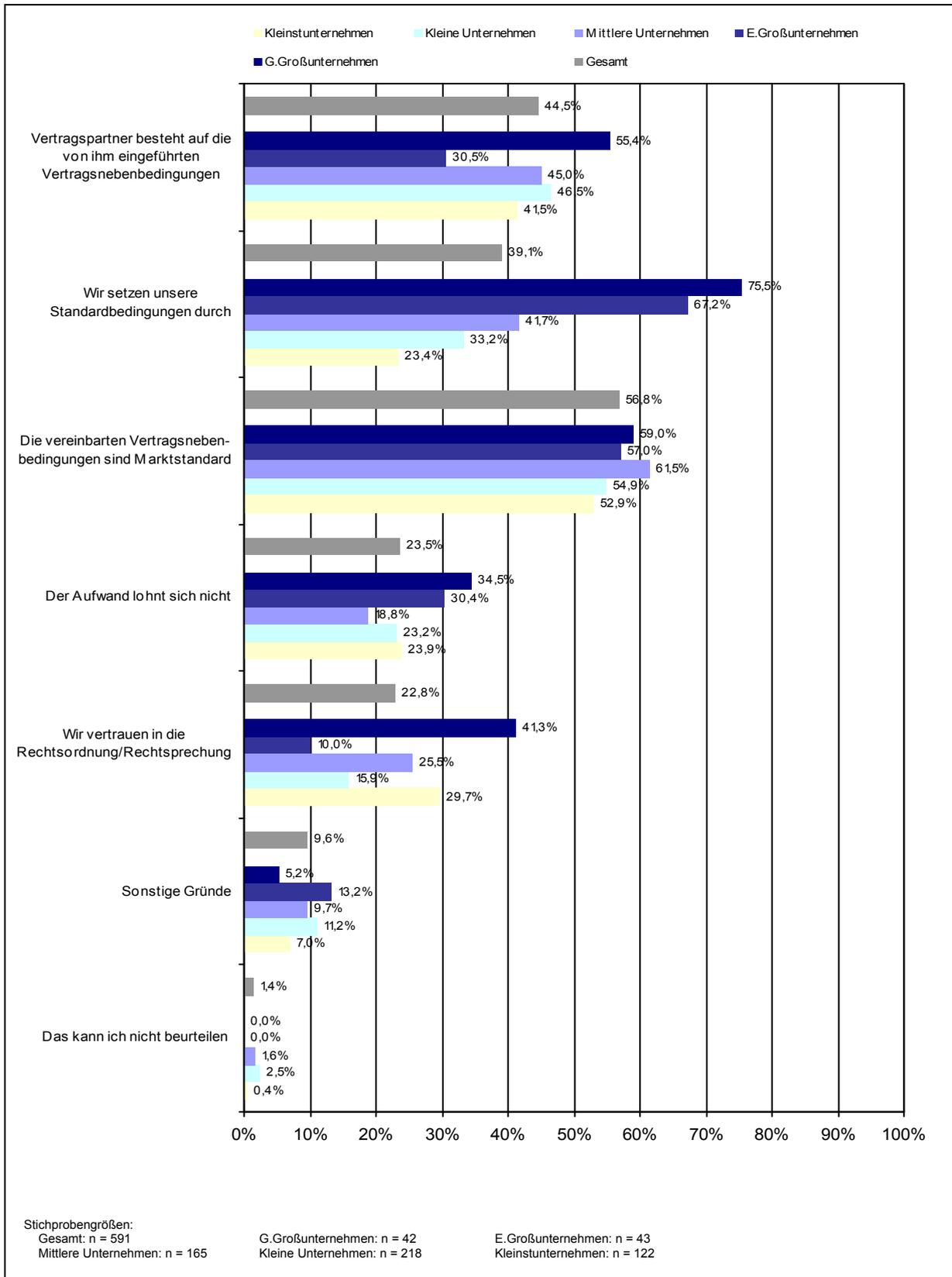


Abbildung 46: Gründe für geringen Zeitaufwand bei Gestaltung bzw. Verhandlung von Vertragsnebenbedingungen

Frage 20: Ist Ihr Unternehmen bei Vertragsschlüssen, an denen es als Abnehmer beteiligt ist, in der Lage, seine Vorstellungen von den Vertragsnebenbedingungen durchzusetzen?

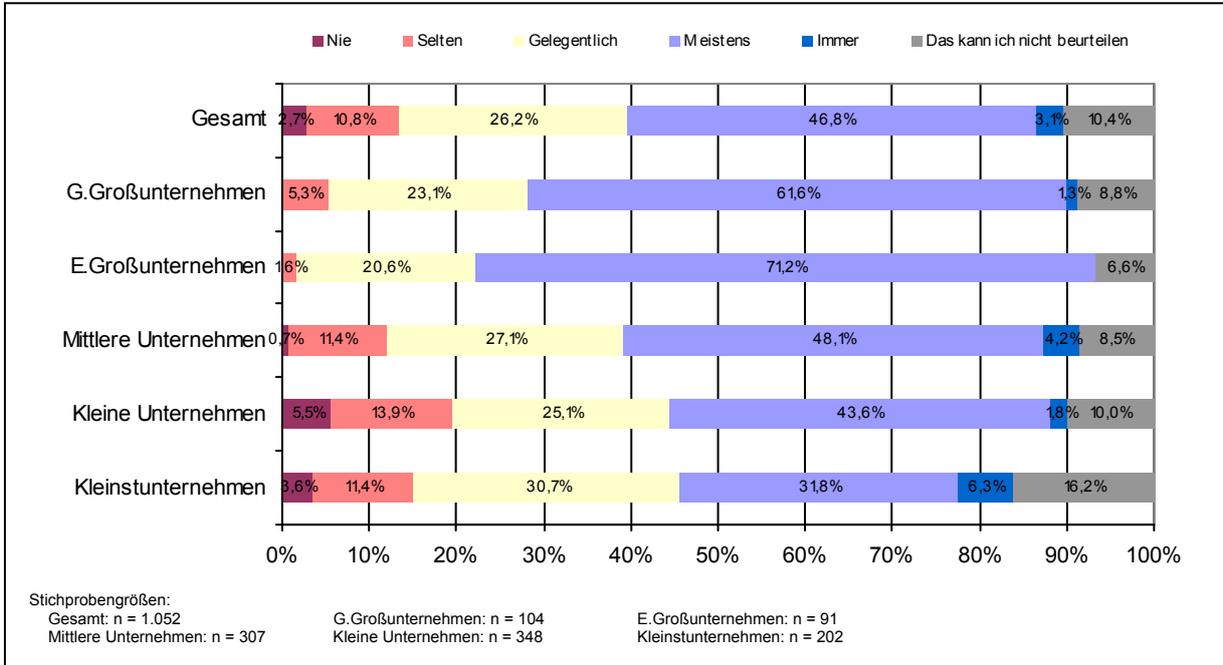


Abbildung 47: Durchsetzbarkeit von Vertragsnebenbedingungen

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	943	4	3,41	0,86	1	5
G.Großunternehmen	95	4	3,65	0,61	2	5
E.Großunternehmen	85	4	3,75	0,48	2	4
Mittlere Unternehmen	281	4	3,48	0,80	1	5
Kleine Unternehmen	313	4	3,25	0,95	1	5
Kleinstunternehmen	169	3	3,31	0,95	1	5

Tabelle 40: Deskriptive Statistik zu Frage 20

(3) Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse

(a) Anbieterperspektive

Frage 21: Wie wichtig ist es für Ihr Unternehmen als Anbieter, seinen Kunden gegenüber die Haftung zu beschränken?

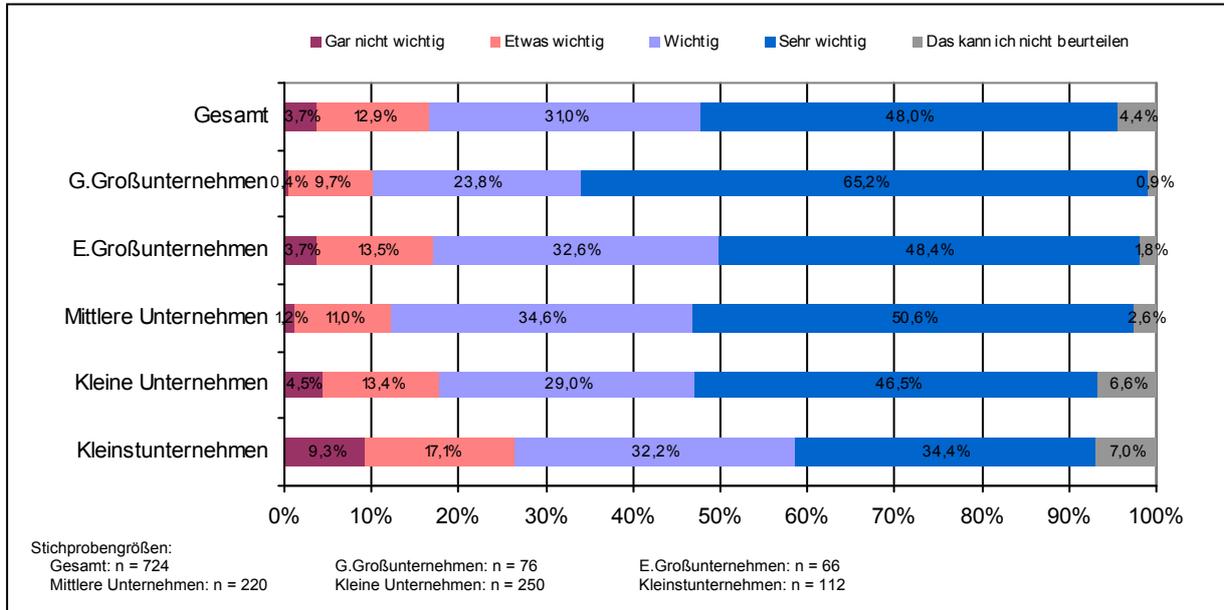


Abbildung 48: Wichtigkeit der Haftungsbeschränkung für Anbieter

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	692	4	3029	0,84	1	4
G.Großunternehmen	75	4	3,55	0,69	1	4
E.Großunternehmen	65	3	3,28	0,85	1	4
Mittlere Unternehmen	214	4	3,38	0,73	1	4
Kleine Unternehmen	233	3	3,26	0,88	1	4
Kleinstunternehmen	104	3	3,00	0,98	1	4

Tabelle 41: Deskriptive Statistik zu Frage 21

Frage 21a: Was sind die Gründe für Ihr Bedürfnis nach HB gegenüber Kunden?

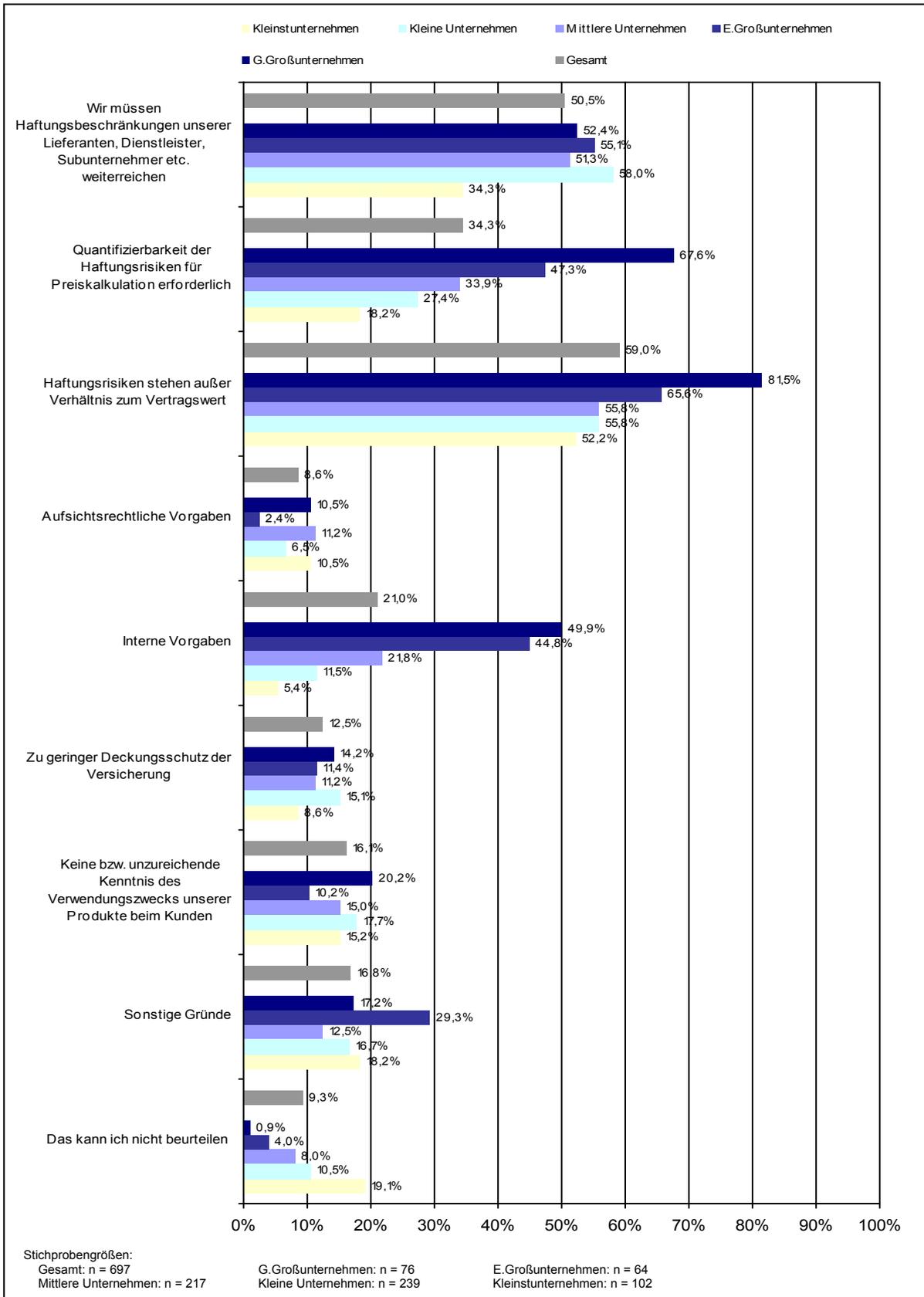


Abbildung 49: Gründe für Bedürfnis nach Haftungsbeschränkung gegenüber Kunden

Frage 21b: Welche Formen der Haftungsbeschränkungen erachten Sie als besonders wichtig für Ihr Unternehmen?

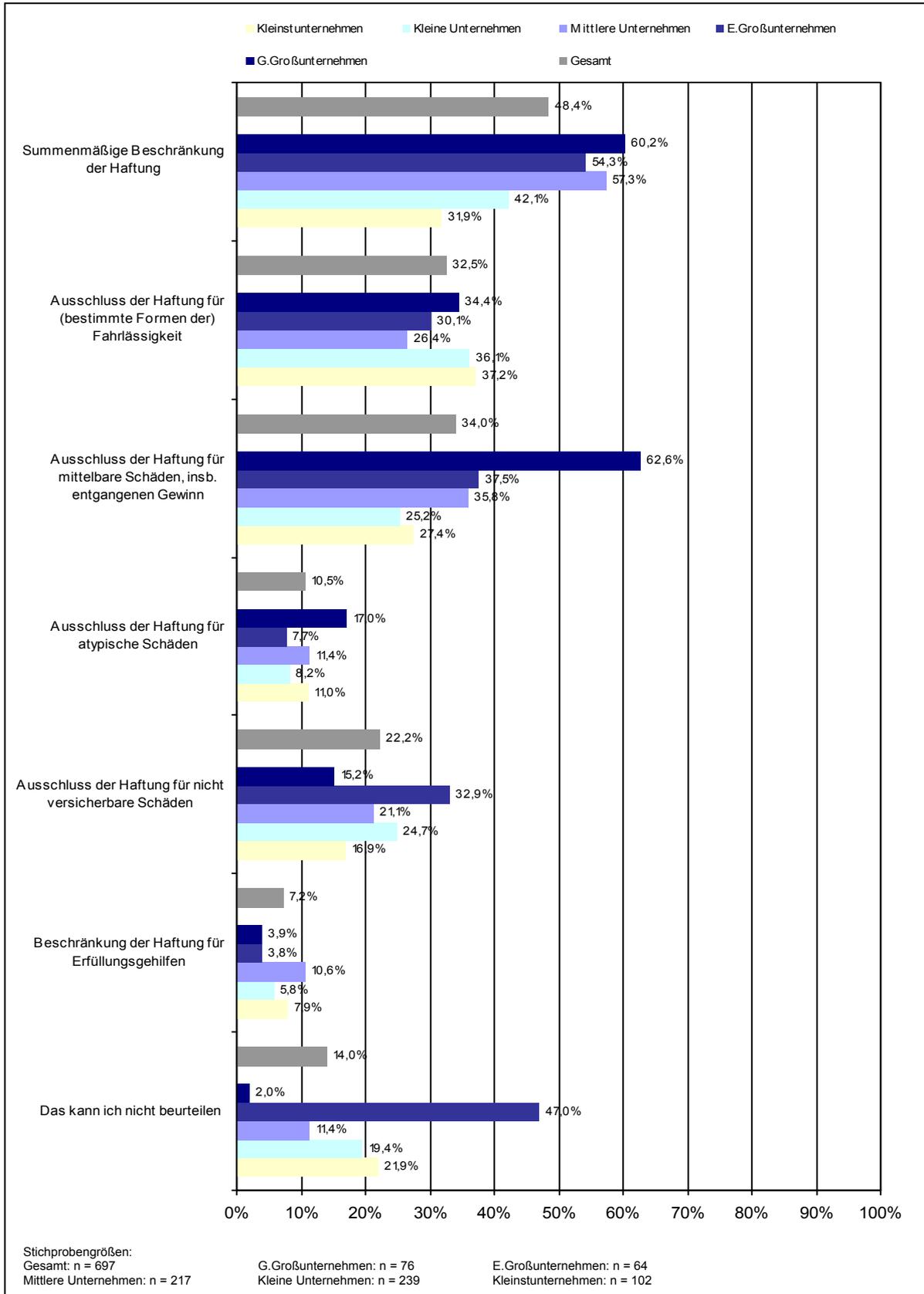


Abbildung 50: Wichtigkeit verschiedener Formen der Haftungsbeschränkung

Frage 22: In ca. wie viel Prozent der Verträge, die Ihr Unternehmen als Anbieter mit Kunden abschließt, vereinbaren Sie Haftungsbeschränkungen?

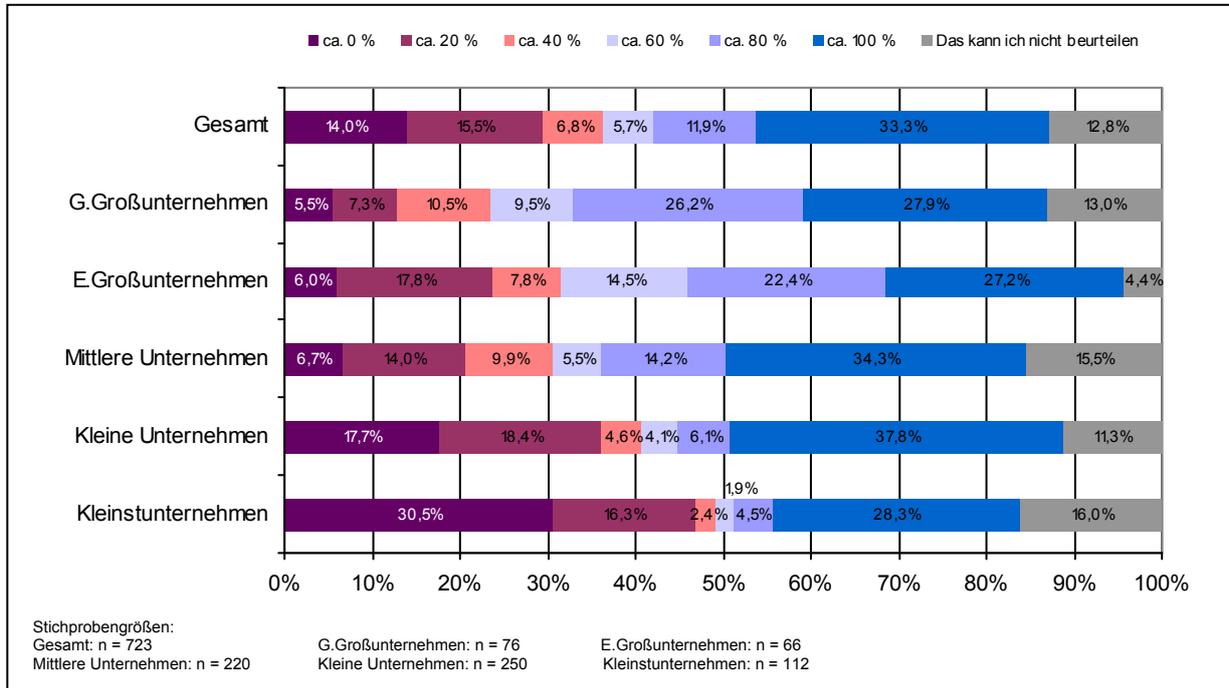


Abbildung 51: Anteil der von Anbietern vereinbarten Verträge mit Haftungsbeschränkungen

	n	Ø % ¹⁴¹	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	630	59,7	5	3,98	1,98	1	6
G.Großunternehmen	66	69,3	5	4,46	1,56	1	6
E.Großunternehmen	63	63,2	5	4,16	1,67	1	6
Mittlere Unternehmen	186	65,9	5	4,29	1,79	1	6
Kleine Unternehmen	221	57,1	4	3,86	2,11	1	6
Kleinstunternehmen	94	44,4	2	3,22	2,20	1	6

Tabelle 42: Deskriptive Statistik zu Frage 22

¹⁴¹ Siehe Anm. Fn. 139.

Frage 22a: Richten Sie die von Ihnen verwandten Haftungsbeschränkungen an den durch die Rechtsprechung konkretisierten Vorgaben der §§ 307 ff. BGB zur Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Kontrolle) aus?

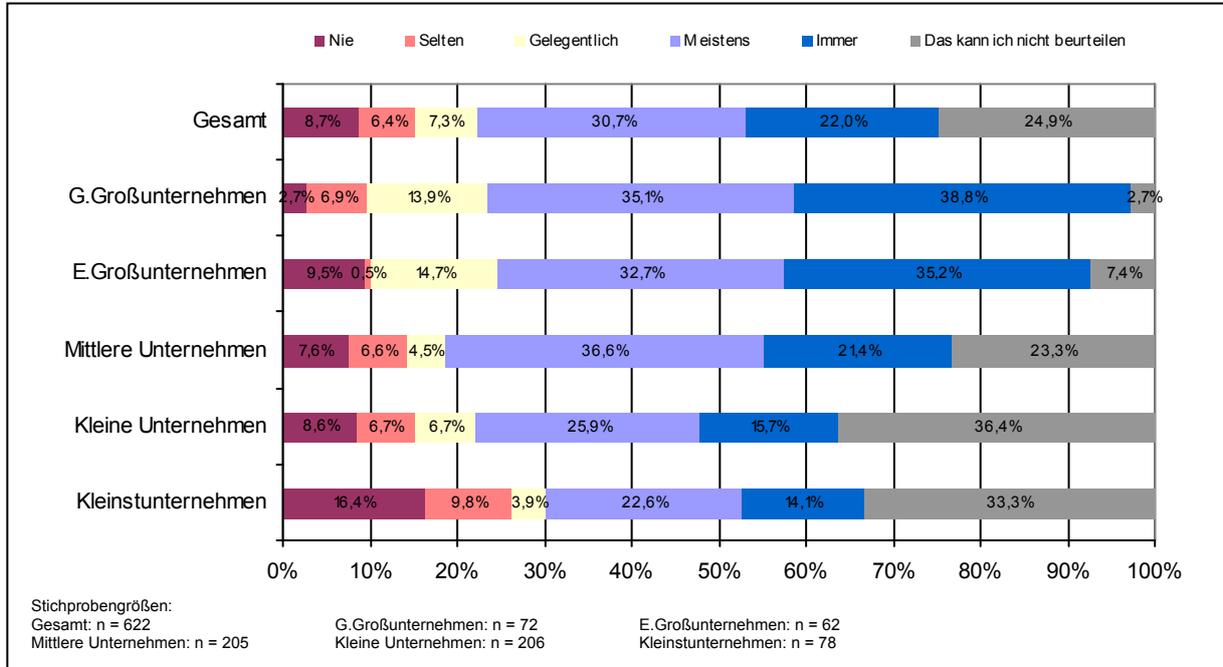


Abbildung 52: Ausrichtung der verwendeten Haftungsbeschränkungen an den Vorgaben der §§ 307 ff. BGB zur Inhaltskontrolle von AGB

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	467	4	3,68	1,29	1	5
G.Großunternehmen	70	4	4,03	1,04	1	5
E.Großunternehmen	57	4	3,90	1,23	1	5
Mittlere Unternehmen	157	4	3,75	1,23	1	5
Kleine Unternehmen	131	4	3,53	1,33	1	5
Kleinstunternehmen	52	4	3,12	1,53	1	5

Tabelle 43: Deskriptive Statistik zu Frage 22a

Frage 22aa: Was sind die Gründe, wenn Sie die Vorgaben der AGB-Kontrolle (ganz oder teilweise) außer Acht lassen?

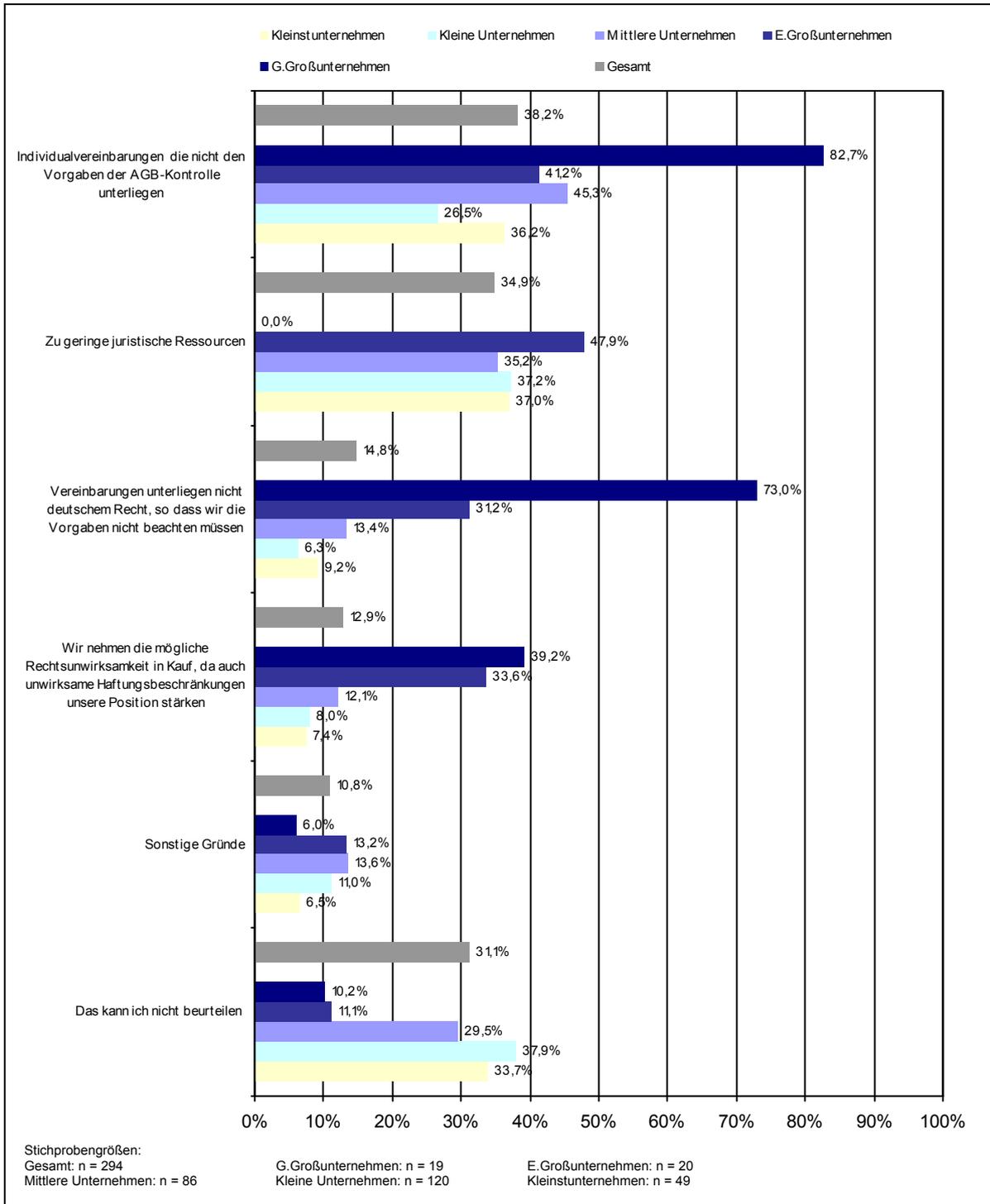


Abbildung 53: Gründe für das Außerachtlassen der Vorgaben der AGB-Kontrolle

Frage 22b: Was sind die Gründe dafür, dass Ihr Unternehmen als Anbieter (teilweise) keine Haftungsbeschränkungen verwendet?

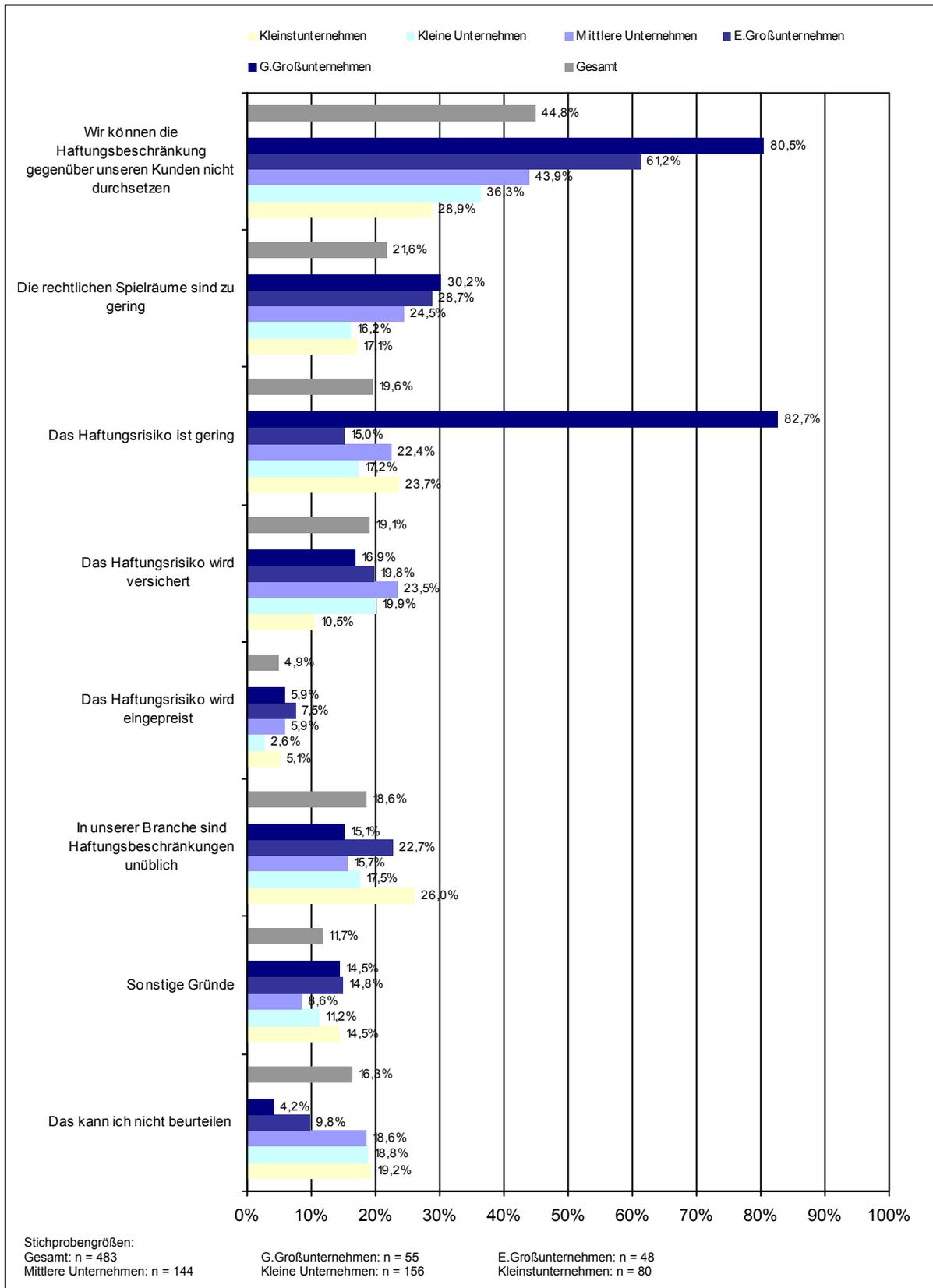


Abbildung 54: Gründe für die Nicht-Verwendung von Haftungsbeschränkungen durch Anbieter

Frage 23: Wird ein Versicherungsschutz für die aus Verträgen mit Ihren Kunden resultierenden Haftungsrisiken angeboten?

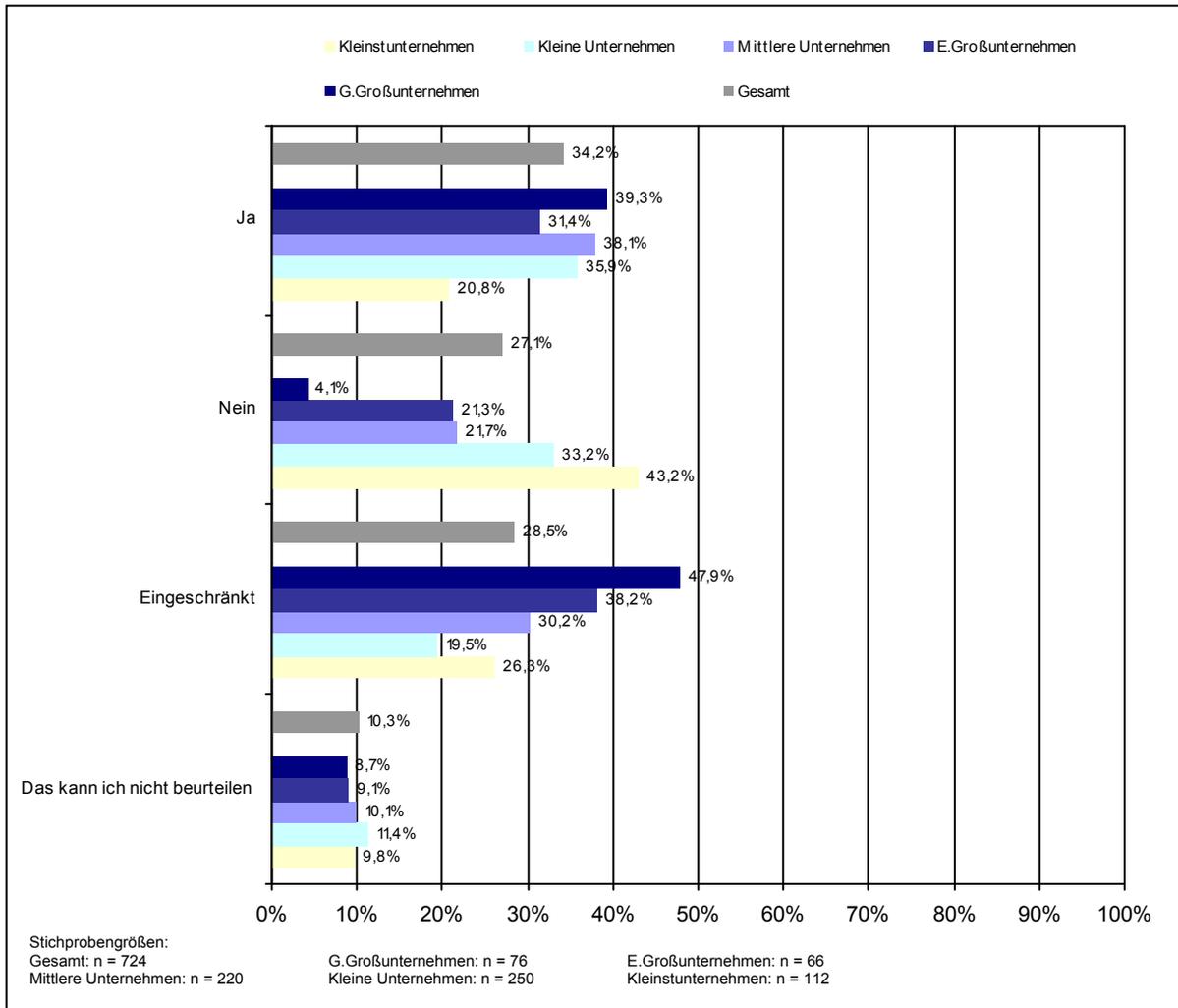


Abbildung 55: Angebot eines Versicherungsschutzes für die aus Verträgen mit Kunden resultierenden Haftungsrisiken

Frage 23a: Wie häufig sichern Sie die aus Verträgen mit Ihren Kunden resultierenden Haftungsrisiken durch einen solchen Versicherungsschutz ab?

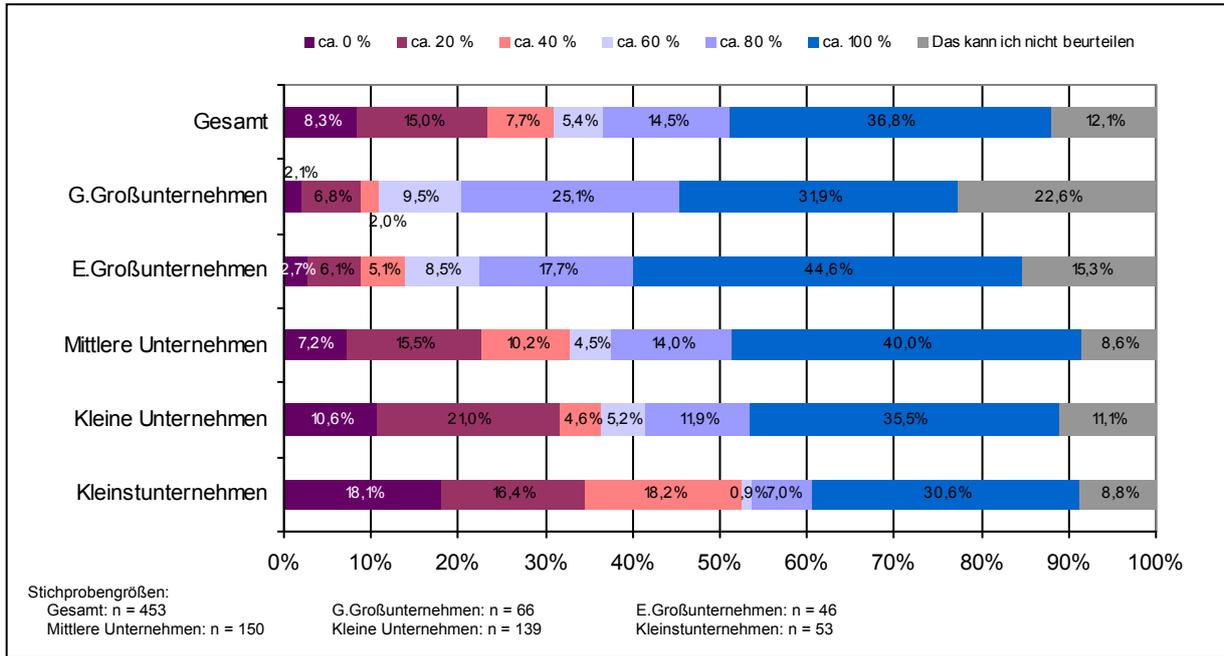


Abbildung 56: Häufigkeit der Absicherung von aus Verträgen mit Kunden resultierenden Haftungsrisiken durch Versicherungsschutz

	n	Ø % ¹⁴²	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	398	65,8	5	4,29	1,84	1	6
G.Großunternehmen	51	77,4	5	4,87	1,37	1	6
E.Großunternehmen	39	79,2	6	4,96	1,44	1	6
Mittlere Unternehmen	137	66,8	5	4,34	1,44	1	6
Kleine Unternehmen	123	61,0	5	4,05	1,96	1	6
Kleinstunternehmen	48	51,9	3	3,60	2,01	1	6

Tabelle 44: Deskriptive Statistik zu Frage 23a

¹⁴² Siehe Anm. Fn. 139.

Frage 23aa: Soweit Sie keinen Versicherungsschutz in Anspruch nehmen, was ist der Grund?

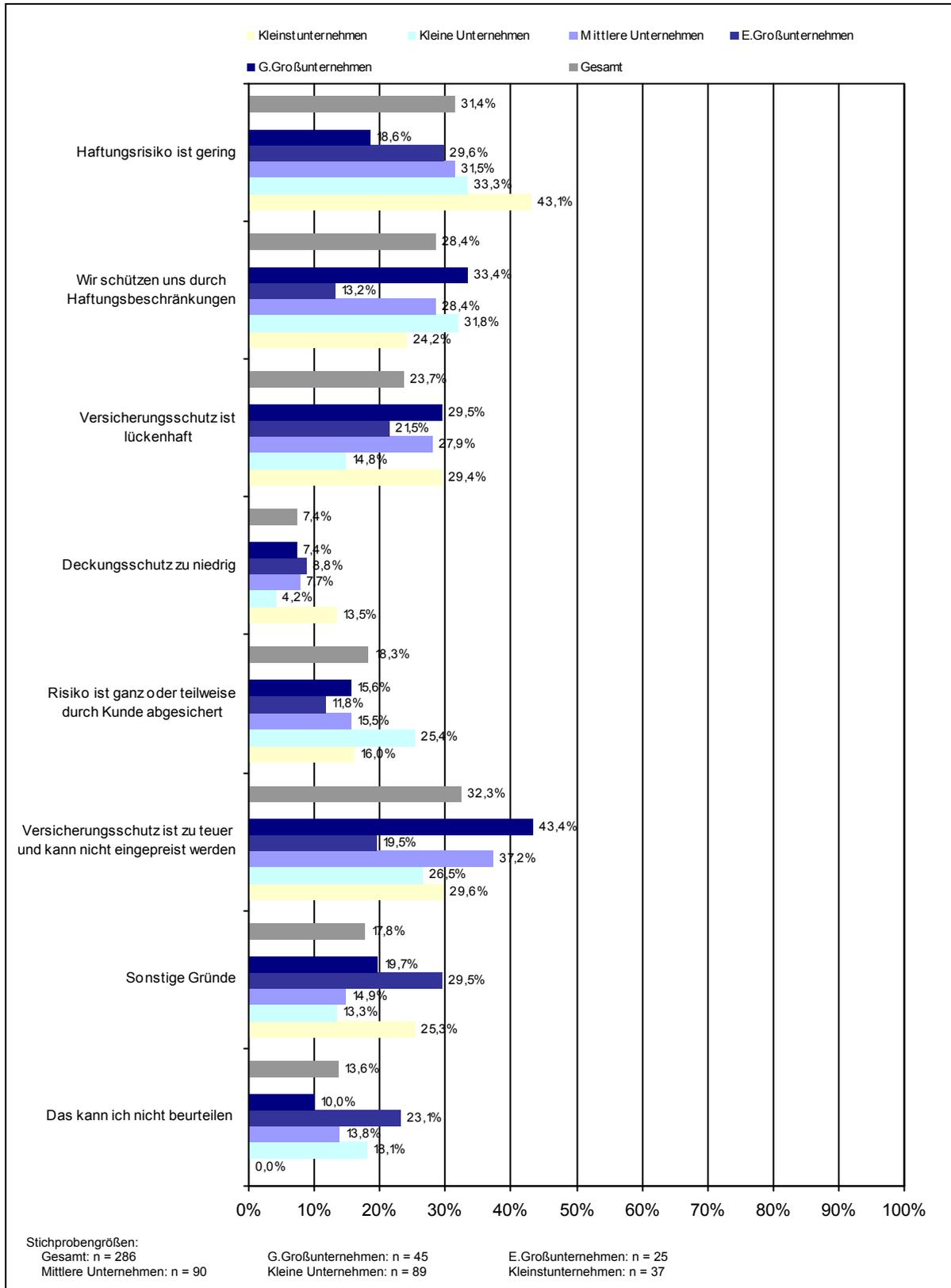


Abbildung 57: Gründe für die fehlende Inanspruchnahme eines Versicherungsschutzes

Frage 24: Ca. wie oft hat sich Ihr Unternehmen in den vergangenen 2 Jahren gegenüber einem Kunden im Schadensfall auf eine Haftungsbeschränkung berufen?

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	520	0	57,71	1491,24	0	40000
G.Großunternehmen	31	4	944,63	6138,65	0	40000
E.Großunternehmen	44	1	3,08	6,71	0	50
Mittlere Unternehmen	156	0	1,74	4,01	0	20
Kleine Unternehmen	188	0	1,74	7,23	0	100
Kleinstunternehmen	101	0	0,48	1,78	0	20

Tabelle 45: Deskriptive Statistik zu Frage 24

Frage 24a: In ca. wie viel Prozent der zuvor angegebenen Fälle wurde die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung vom Kunden in Frage gestellt?

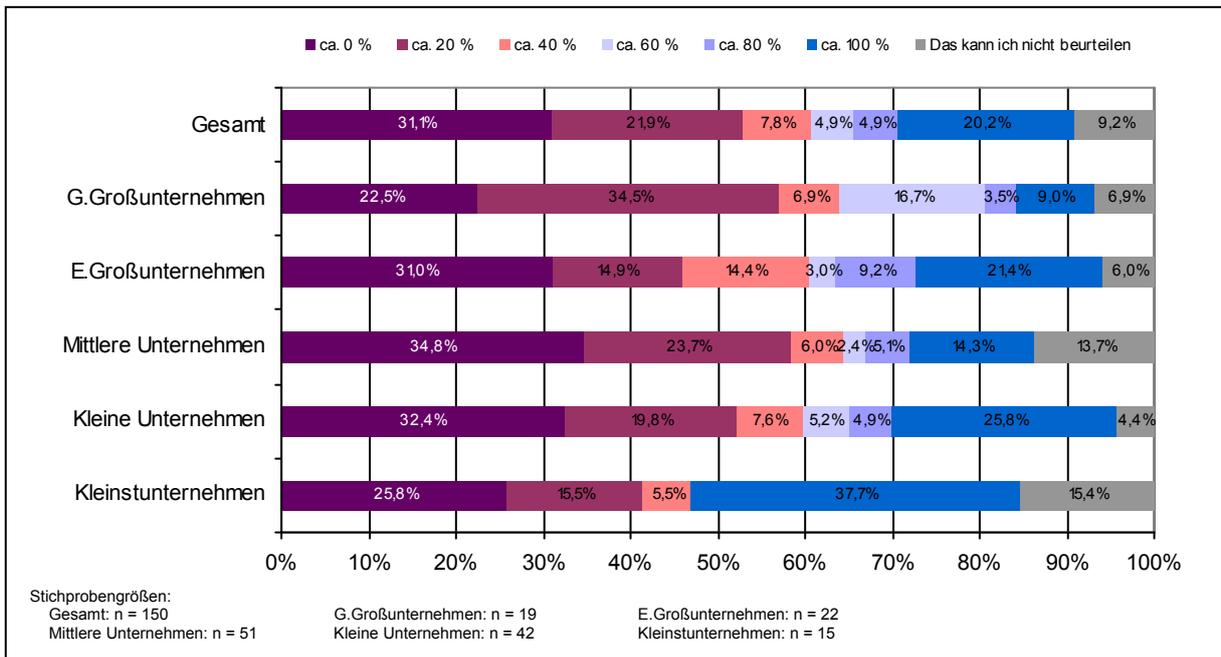


Abbildung 58: Anteil von Fällen, bei denen die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung vom Kunden in Frage gestellt wurde

	n	Ø %¹⁴³	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	136	38,1	2	2,91	1,98	1	6
G.Großunternehmen	18	33,8	2	2,69	1,61	1	6
E.Großunternehmen	21	41,8	3	2,74	2,03	1	6
Mittlere Unternehmen	44	31,2	2	2,56	1,88	1	6
Kleine Unternehmen	41	41,6	2	3,08	2,08	1	6
Kleinstunternehmen	13	50,9	3	3,54	2,36	1	6

Tabelle 46: Deskriptive Statistik zu Frage 24a

¹⁴³ Siehe Anm. Fn. 139.

Frage 24aa: Wie sind die Auseinandersetzungen um die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung ausgegangen?

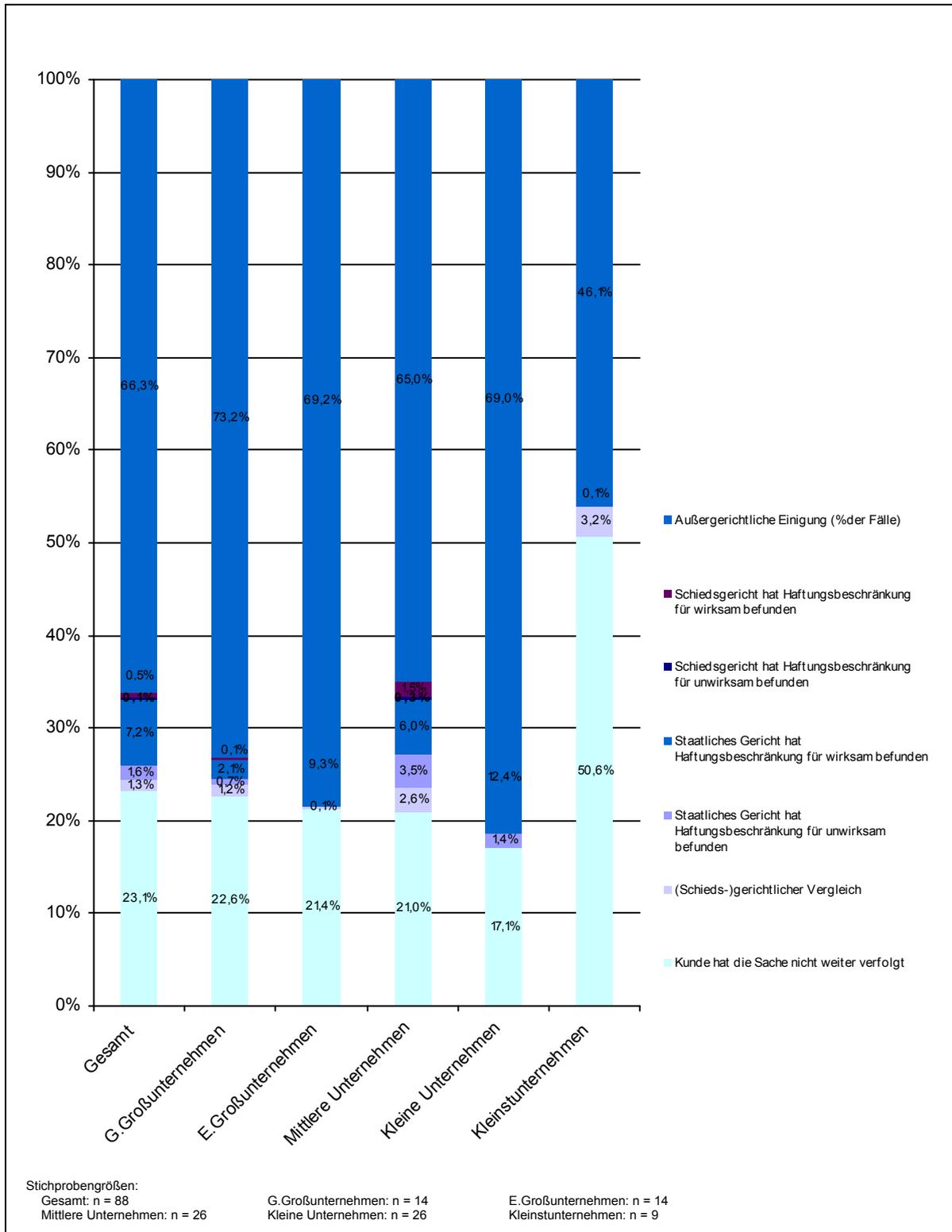


Abbildung 59: Ausgang der Auseinandersetzungen um die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	88					
Außergerichtliche Einigung		80,00	66,27	38,15	0	100
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	0,46	3,39	0	100
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	0,09	,94	0	100
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	7,20	23,07	0	100
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	1,57	6,53	0	100
(Schieds-)gerichtlicher Vergleich		0,00	1,29	5,40	0	100
Kunde hat die Sache nicht weiter verfolgt		0,00	23,12	33,17	0	100

Tabelle 47: Deskriptive Statistik zu Frage 24aa

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
G. Großunternehmen	14					
Außergerichtliche Einigung		90,35	73,24	32,39	25	100
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	0,10	0,45	0	2
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	2,08	8,86	0	50
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	0,71	1,97	0	10
(Schieds-)gerichtlicher Vergleich		0,00	1,22	5,61	0	25
Kunde hat die Sache nicht weiter verfolgt		1,85	22,65	32,55	0	75
E. Großunternehmen						
Außergerichtliche Einigung		79,94	69,21	33,78	0	100
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	9,31	30,14	0	100
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
(Schieds-)gerichtlicher Vergleich		0,00	0,09	0,44	0	2
Kunde hat die Sache nicht weiter verfolgt		19,43	21,39	25,72	0	100
Mittlere Unternehmen						
Außergerichtliche Einigung		86,49	65,02	39,11	0	100
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	1,52	6,22	0	30
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	0,30	1,75	0	10
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	6,04	21,19	0	80
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	3,53	9,66	0	50
(Schieds-)gerichtlicher Vergleich		0,00	2,63	6,75	0	20
Kunde hat die Sache nicht weiter verfolgt		0,00	20,97	30,34	0	100
Kleine Unternehmen						
Außergerichtliche Einigung		100,00	69,05	40,16	0	100
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	12,39	28,95	0	100
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	1,45	6,93	0	40
(Schieds-)gerichtlicher Vergleich		0,00	0,00	0,00	0	0
Kunde hat die Sache nicht weiter verfolgt		0,00	17,12	31,81	0	100
Kleinstunternehmen						
Außergerichtliche Einigung		40,13	46,10	45,61	0	100
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	0,06	0,25	0	1
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
(Schieds-)gerichtlicher Vergleich		0,00	3,20	10,55	0	34
Kunde hat die Sache nicht weiter verfolgt		59,61	50,64	48,39	0	100

Tabelle 48: Deskriptive Statistik zu Frage 24aa für unterschiedliche Unternehmensgrößen

Frage 25: Wie wichtig ist es für Ihr Unternehmen als Abnehmer, dass ihm seine Vertragspartner unbeschränkt haften?

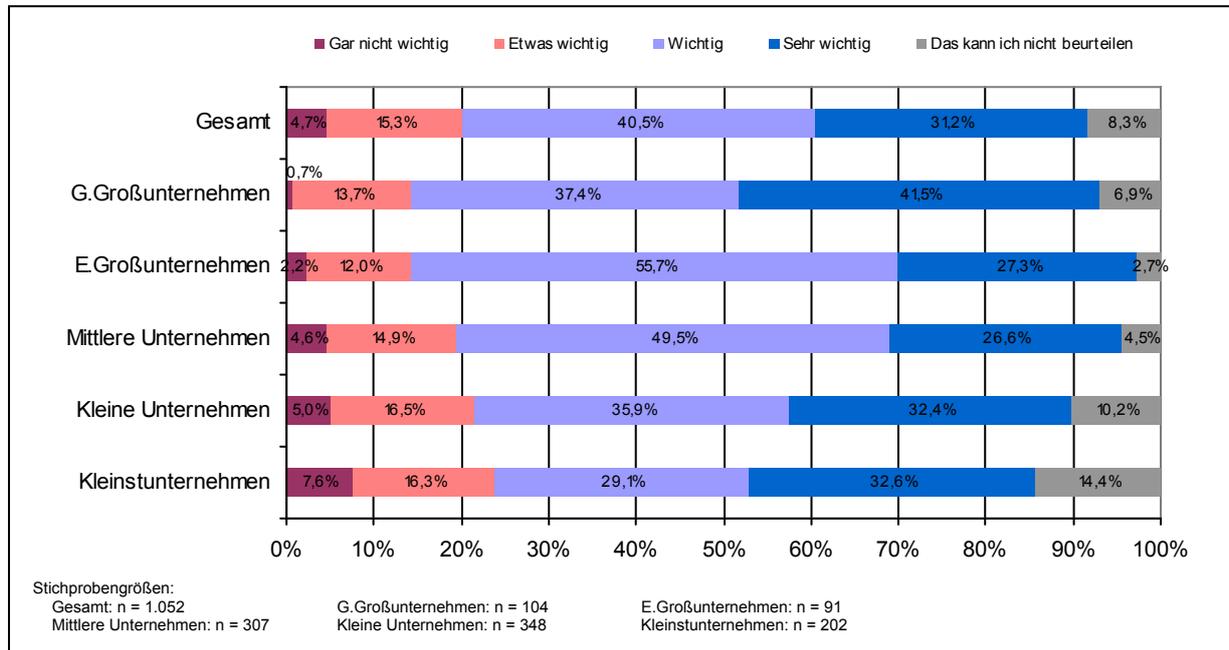


Abbildung 60: Wichtigkeit der unbeschränkten Haftung durch Vertragspartner

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	965	3	3,07	0,84	1	4
G.Großunternehmen	97	3	3,28	0,74	1	4
E.Großunternehmen	89	3	3,11	0,70	1	4
Mittlere Unternehmen	294	3	3,03	0,79	1	4
Kleine Unternehmen	312	3	3,07	0,88	1	4
Kleinstunternehmen	173	3	3,01	0,96	1	4

Tabelle 49: Deskriptive Statistik zu Frage 25

Frage 25a: Warum ist Ihnen die unbeschränkte Haftung Ihrer Lieferanten, Dienstleister, Subunternehmer etc. wichtig?

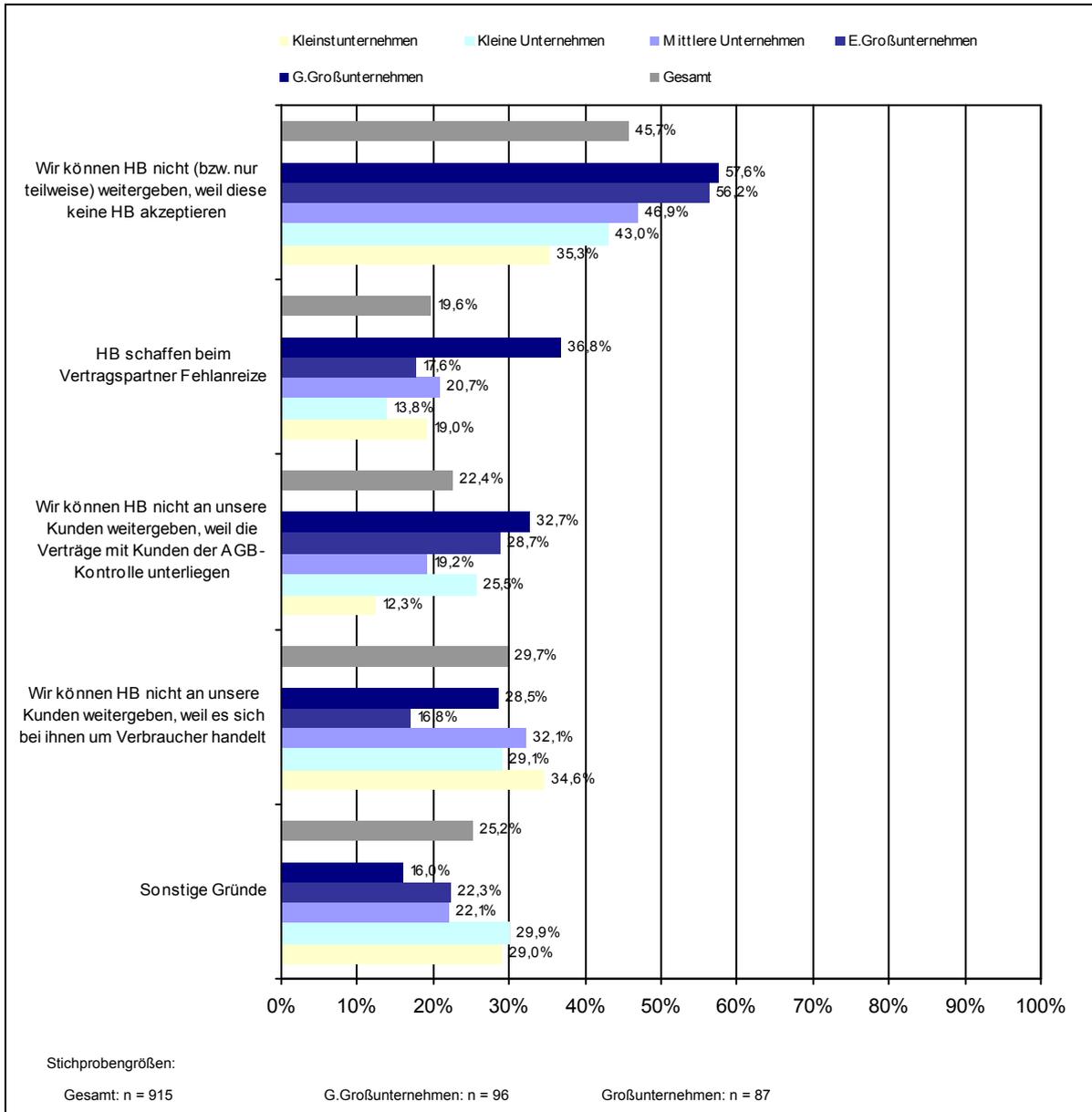


Abbildung 61: Gründe für die Wichtigkeit der unbeschränkten Haftung durch Lieferanten, Dienstleister, Subunternehmer

(b) Abnehmerperspektive

Frage 26: In wie viel Prozent der Verträge vereinbaren Vertragspartner gegenüber Ihrem Unternehmen als Abnehmer Haftungsbeschränkungen?

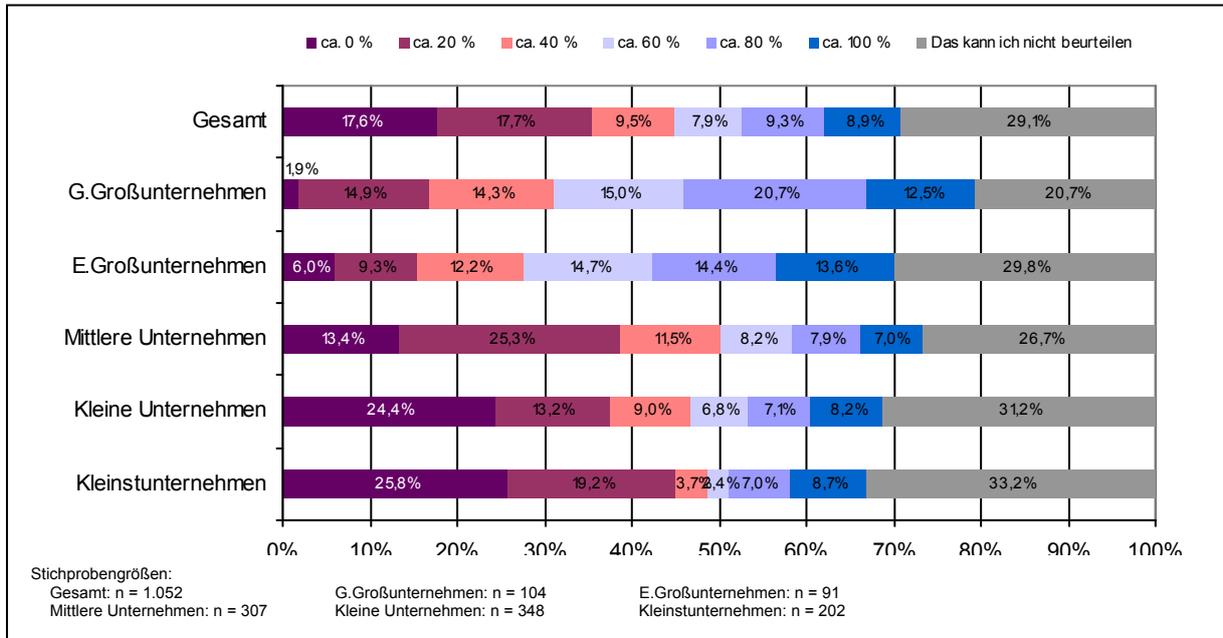


Abbildung 62: Anteil der vereinbarten Verträge mit Haftungsbeschränkungen

	n	Ø % ¹⁴⁴	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	746	40,0	3	3,00	1,74	1	6
G.Großunternehmen	83	59,0	4	3,95	1,43	1	6
E.Großunternehmen	64	57,9	4	3,89	1,58	1	6
Mittlere Unternehmen	225	38,1	2	2,90	1,58	1	6
Kleine Unternehmen	239	35,3	2	2,77	1,78	1	6
Kleinstunternehmen	135	31,6	2	2,58	1,82	1	6

Tabelle 50: Deskriptive Statistik zu Frage 26

¹⁴⁴ Siehe Anm. Fn. 139.

Frage 26a: Welche Formen von Haftungsbeschränkungen werden gegenüber Ihrem Unternehmen als Abnehmer verwendet?

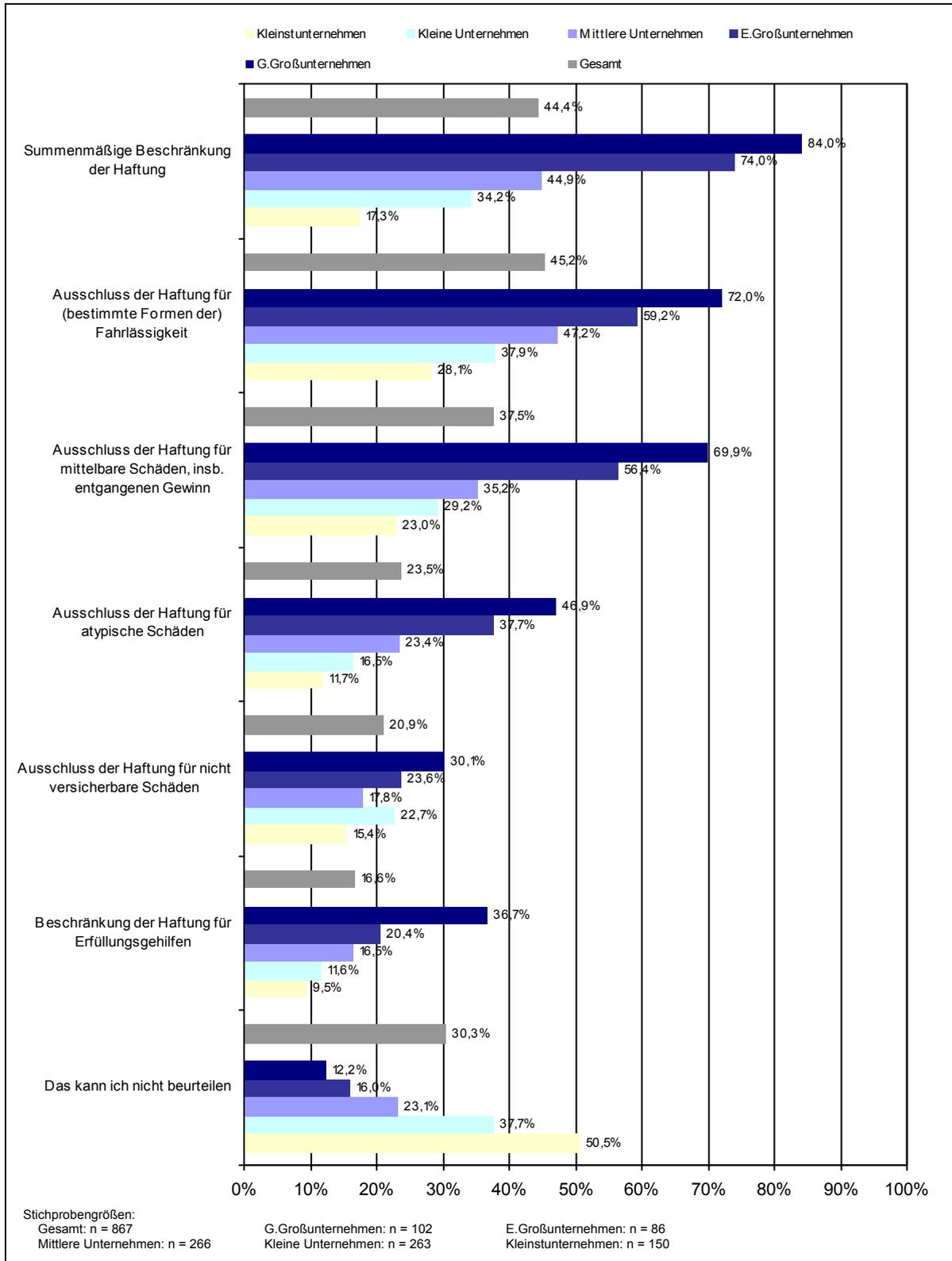


Abbildung 63: Verwendete Formen von Haftungsbeschränkungen gegenüber Unternehmen als Abnehmer

Frage 26b: Wieso akzeptieren Sie Haftungsbeschränkungen Ihrer Lieferanten, Dienstleister, Subunternehmer etc.?

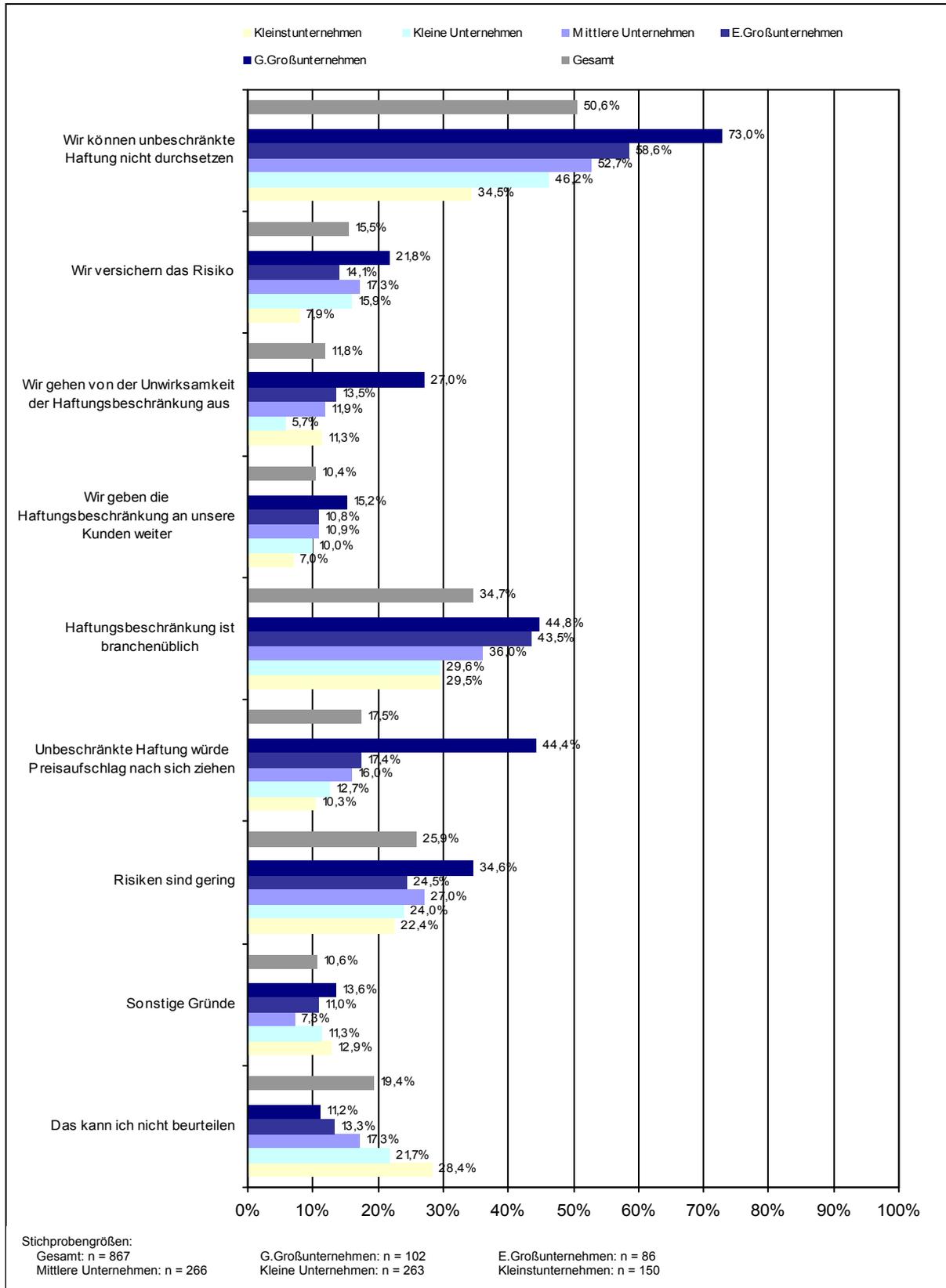


Abbildung 64: Gründe für die Akzeptanz von Haftungsbeschränkungen von Lieferanten, Dienstleistern, Subunternehmern

Frage 27: Lassen sich Risiken, die aus pflichtwidrigem Verhalten Ihrer Lieferanten, Dienstleister, Subunternehmer etc. resultieren, durch Ihr Unternehmen versichern?

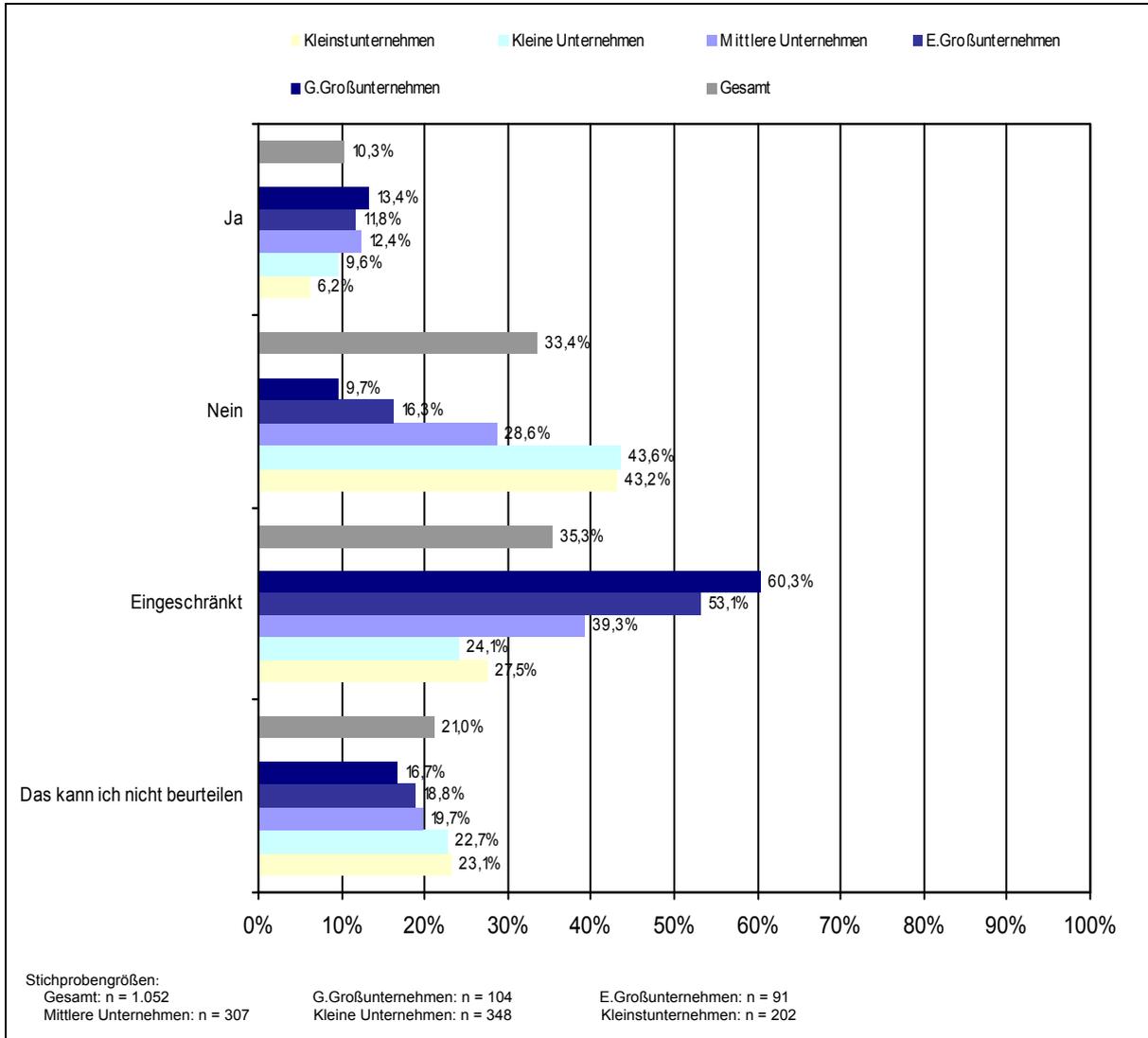


Abbildung 65: Versicherbarkeit von Risiken aus pflichtwidrigem Verhalten von Lieferanten, Dienstleistern, Subunternehmern

Frage 27a: Wie häufig sichern Sie die Risiken, die aus pflichtwidrigem Verhalten Ihrer Lieferanten, Dienstleister, Subunternehmer etc. resultieren, durch eine Versicherung ab?

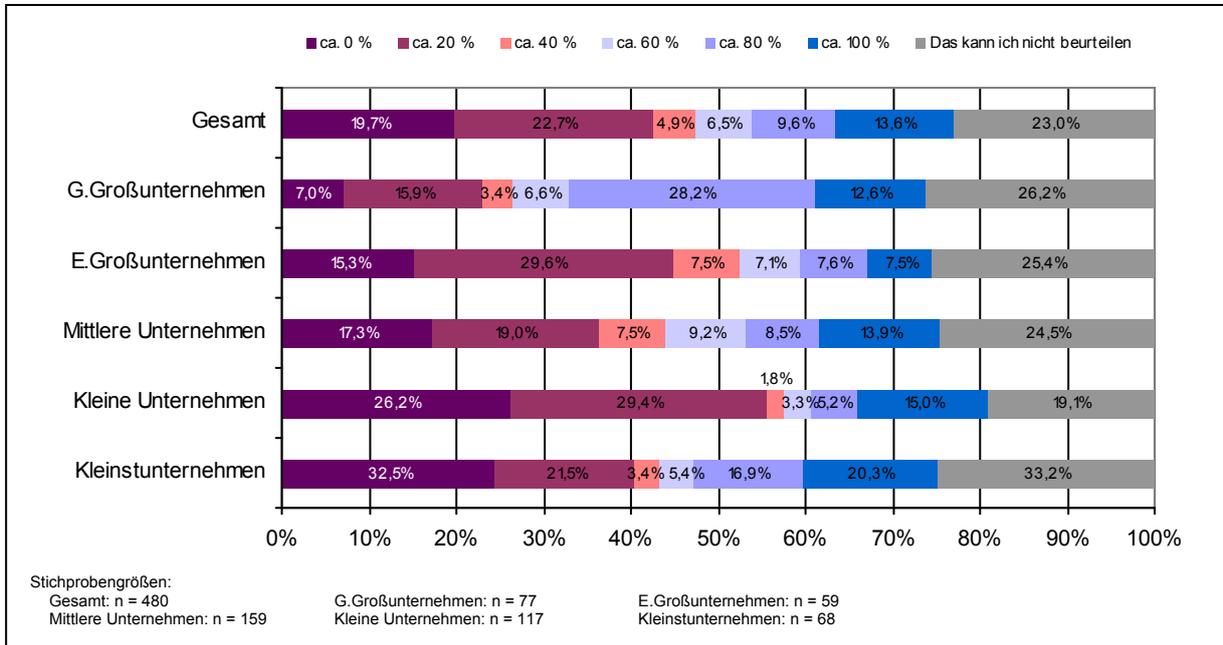


Abbildung 66: Häufigkeit der Absicherung von Risiken aus pflichtwidrigem Verhalten von Lieferanten, Dienstleistern, Subunternehmern

	n	Ø % ¹⁴⁵	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	370	41,1	2	3,06	1,87	1	6
G.Großunternehmen	57	59,2	5	3,96	1,70	1	6
E.Großunternehmen	44	35,9	2	2,80	1,63	1	6
Mittlere Unternehmen	120	43,8	3	3,19	1,84	1	6
Kleine Unternehmen	95	34,3	2	2,71	1,89	1	6
Kleinstunternehmen	54	32,4	2	2,62	1,95	1	6

Tabelle 51: Deskriptive Statistik zu Frage 27a

¹⁴⁵ Siehe Anm. Fn. 139.

Frage 27aa: Soweit Sie keinen Versicherungsschutz in Anspruch nehmen, was ist der Grund?

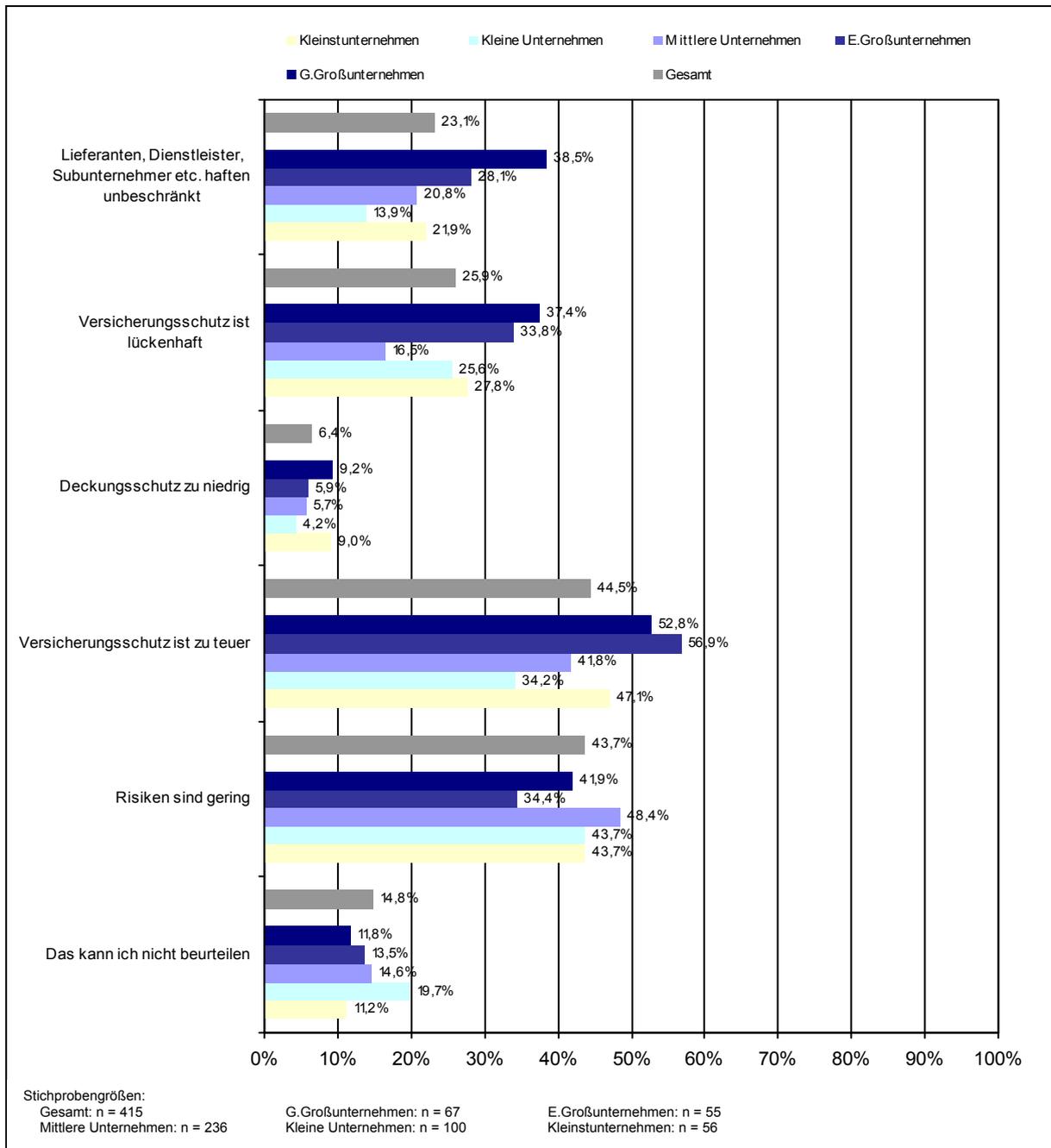


Abbildung 67: Gründe für die Nicht-Inanspruchnahme von Versicherungsschutz

Frage 28: Ca. wie oft hat sich in den vergangenen 2 Jahren ein Lieferant, Dienstleister, Subunternehmer etc. Ihrem Unternehmen gegenüber im Schadensfall auf eine Haftungsbeschränkung berufen?

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	76	0	34,24	679,83	0	20000
G.Großunternehmen	40	2	368,97	2694,87	0	20000
E.Großunternehmen	55	0	7,92	23,48	0	100
Mittlere Unternehmen	196	0	44,16	438,73	0	4500
Kleine Unternehmen	260	0	0,88	2,74	0	25
Kleinstunternehmen	155	0	0,59	2,25	0	20

Tabelle 52: Deskriptive Statistik zu Frage 28

Frage 28a: In ca. wie viel Prozent der zuvor angegebenen Fälle hat Ihr Unternehmen die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung in Frage gestellt?

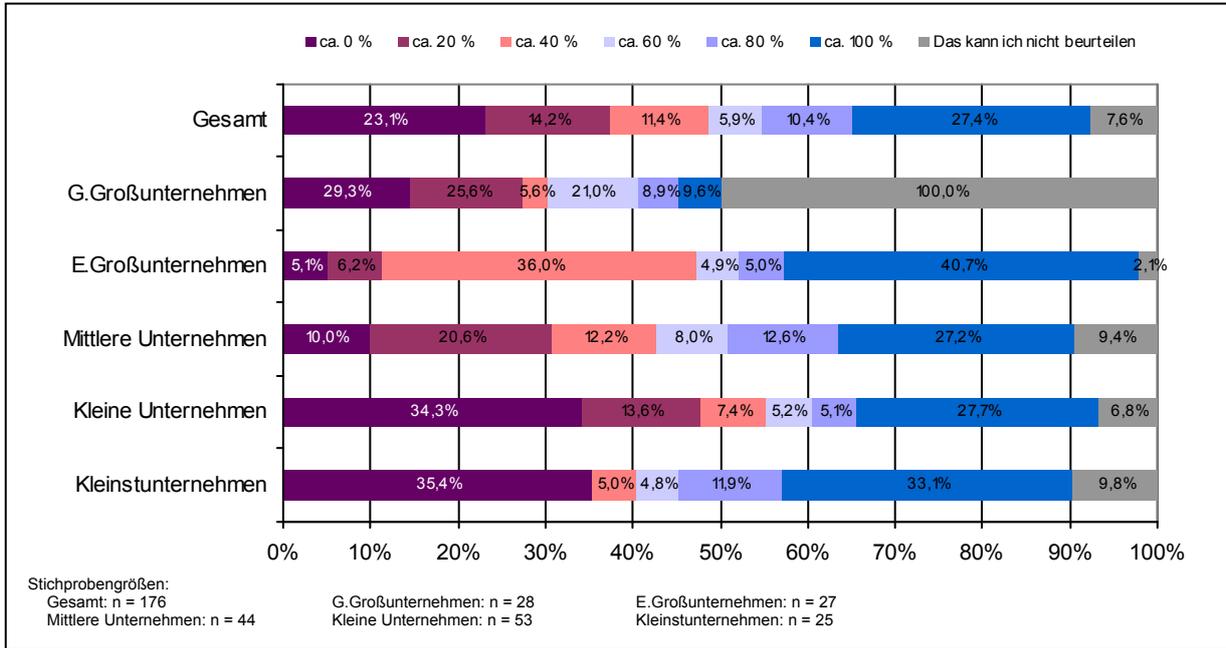


Abbildung 68: Anteil von Fällen bei denen die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung in Frage gestellt wurde

	n	Ø % ¹⁴⁶	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	162	50,5	3	3,52	2,02	1	6
G.Großunternehmen	25	37,8	2	2,89	1,90	1	6
E.Großunternehmen	26	35,9	4	4,23	1,69	1	6
Mittlere Unternehmen	40	4308	4	3,82	1,85	1	6
Kleine Unternehmen	49	34,3	2	3,18	2,15	1	6
Kleinstunternehmen	22	32,4	4	3,63	2,30	1	6

Tabelle 53: Deskriptive Statistik zu Frage 28a

¹⁴⁶ Siehe Anm. Fn. 139.

Frage 28aa: Wie sind die Auseinandersetzungen um die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung ausgegangen?

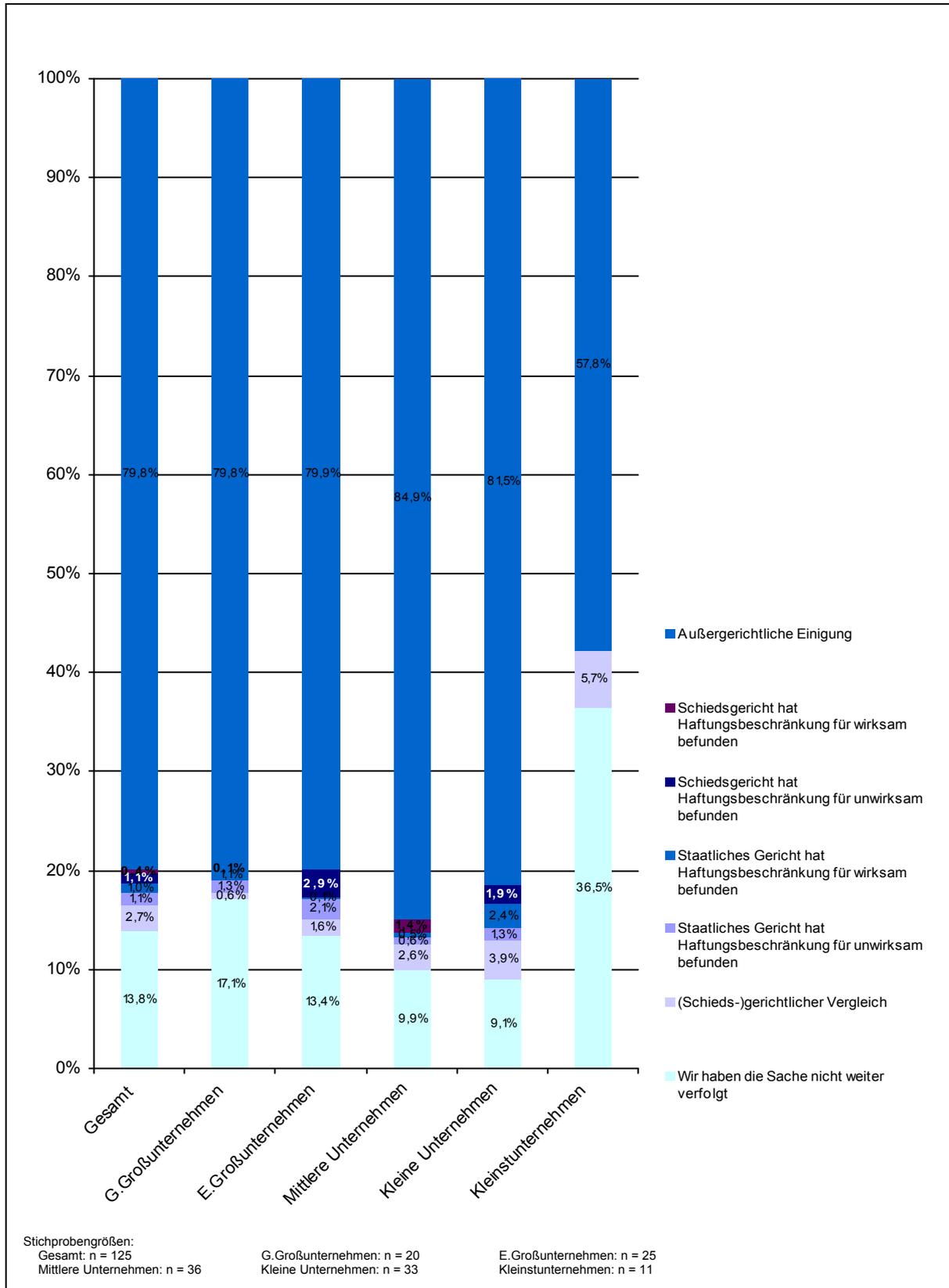


Abbildung 69: Ausgang von Auseinandersetzungen um Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	125					
Außergerichtliche Einigung		92,60	79,84	28,70	0	100
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	0,43	4,57	0	50
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	1,07	10,35	0	100
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	0,97	5,74	0	50
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	1,14	4,64	0	40
(Schieds-)gerichtlicher Vergleich		0,00	2,71	11,44	0	100
Wir haben die Sache nicht weiter verfolgt		0,00	13,83	25,30	0	100

Tabelle 54: Deskriptive Statistik zu Frage 28aa für Gesamtstichprobe

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
G. Großunternehmen	20					
Außergerichtliche Einigung		90,00	79,75	24,93	10	100
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	0,07	0,37	0	2
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	1,14	3,50	0	20
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	1,31	6,35	0	40
(Schieds-)gerichtlicher Vergleich		0,00	0,61	3,05	0	20
Wir haben die Sache nicht weiter verfolgt		10,00	17,13	23,93	0	90
E. Großunternehmen	25					
Außergerichtliche Einigung		87,91	79,88	26,25	0	100
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	2,85	16,98	0	100
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	0,13	0,82	0	5
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	2,08	6,06	0	20
(Schieds-)gerichtlicher Vergleich		0,00	1,62	8,60	0	50
Wir haben die Sache nicht weiter verfolgt		0,00	13,43	22,02	0	100
Mittlere Unternehmen	36					
Außergerichtliche Einigung		100,00	84,91	24,59	0	100
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	1,43	8,44	0	50
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	0,45	1,89	0	10
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	0,62	2,33	0	10
(Schieds-)gerichtlicher Vergleich		0,00	2,64	9,76	0	50
Wir haben die Sache nicht weiter verfolgt		0,00	9,95	21,03	0	100
Kleine Unternehmen	33					
Außergerichtliche Einigung		90,18	81,45	28,33	0	100
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	1,89	13,84	0	100
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	2,42	10,68	0	50
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	1,27	4,96	0	20
(Schieds-)gerichtlicher Vergleich		0,00	3,91	15,78	0	100
Wir haben die Sache nicht weiter verfolgt		0,00	9,05	19,25	0	100
Kleinstunternehmen	11					
Außergerichtliche Einigung		67,85	57,79	45,96	0	100
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden		0,00	0,00	0,00	0	0
(Schieds-)gerichtlicher Vergleich		0,00	5,70	16,69	0	50
Wir haben die Sache nicht weiter verfolgt		0,00	36,51	47,88	0	100

Tabelle 55: Deskriptive Statistik zu Frage 28aa für unterschiedliche Unternehmensgrößen

(4) Umgang mit geltendem Recht, Einschätzung des geltenden Rechts

Frage 29: Welcher der nachfolgenden Umstände führt aus Ihrer Sicht dazu, dass eine HB als Individualvereinbarung zu qualifizieren ist?

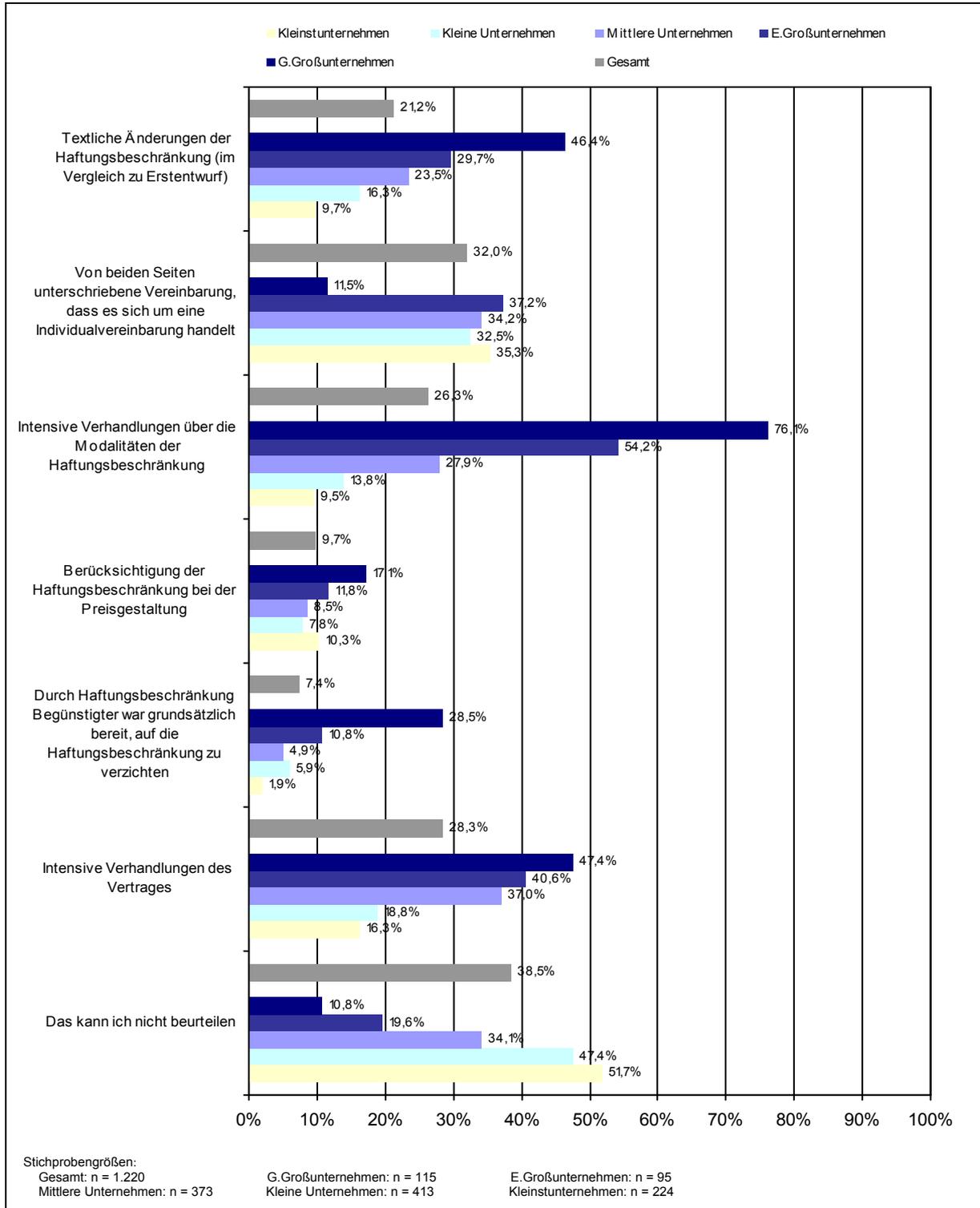


Abbildung 70: Umstände die zur Qualifizierung einer Haftungsbeschränkung als Individualvereinbarung führen

Frage 30: Wählen Sie bei inländischen Vertragsschlüssen ausländisches Recht (als materiell anwendbares Recht), um die Anwendung der deutschen Vorschriften zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vermeiden?

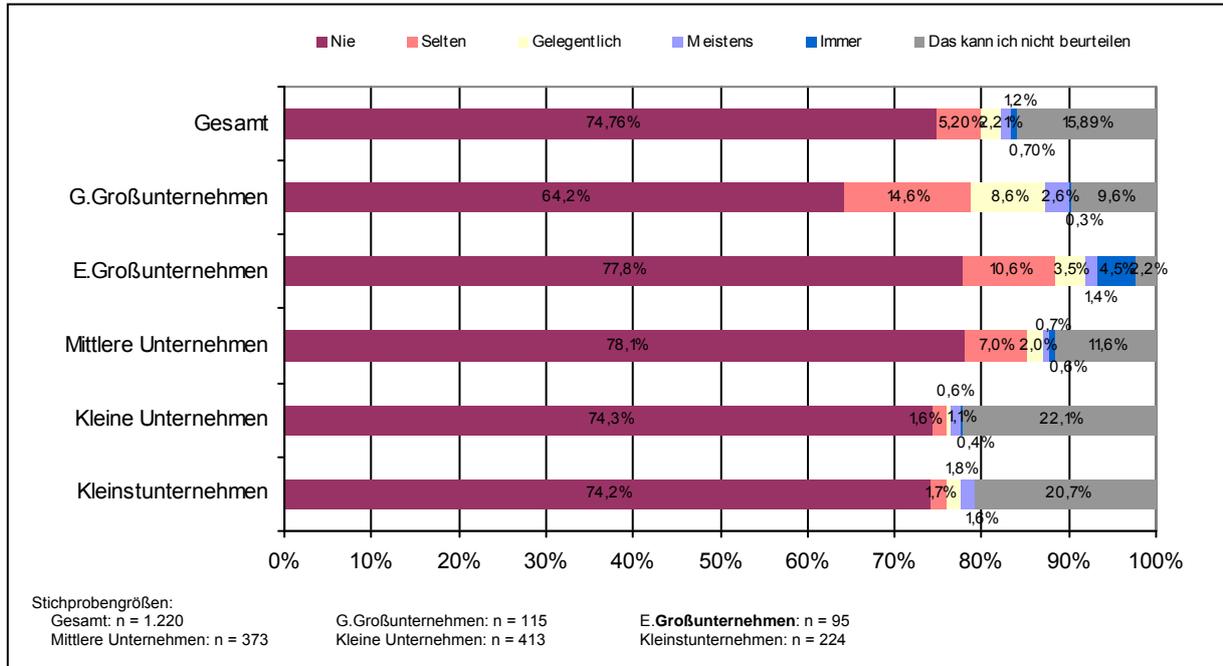


Abbildung 71: Wahl von ausländischem Recht bei inländischen Vertragsschlüssen zur Vermeidung der Anwendung der deutschen Vorschriften zum Recht der AGB

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	1027	1	1,19	0,63	1	5
G.Großunternehmen	104	1	1,45	0,82	1	5
E.Großunternehmen	93	1	1,41	0,98	1	5
Mittlere Unternehmen	330	1	1,17	0,57	1	5
Kleine Unternehmen	322	1	1,10	0,49	1	5
Kleinstunternehmen	178	1	1,13	0,53	1	4

Tabelle 56: Deskriptive Statistik zu Frage 30

Frage 31: Kommt es vor, dass bei Vertragsschlüssen mit ausländischen Vertragspartnern diese die Anwendung deutschen Rechts (als materielles Recht) unter Hinweis auf das deutsche Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ablehnen?

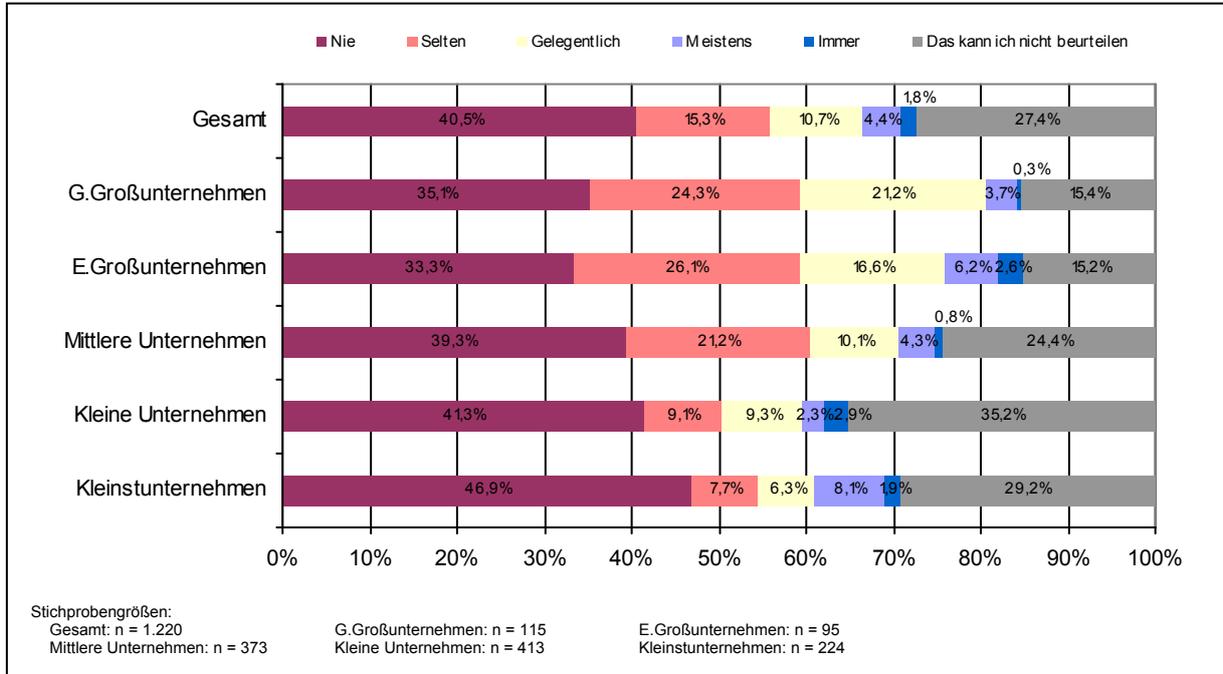


Abbildung 72: Ablehnung der Anwendung deutschen Rechts bei Vertragsschlüssen mit ausländischen Vertragspartnern wegen deutschem Recht der AGB

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	886	1	1,78	1,06	1	5
G.Großunternehmen	97	2	1,93	0,94	1	5
E.Großunternehmen	81	2	2,04	0,88	1	5
Mittlere Unternehmen	282	1	1,76	0,96	1	5
Kleine Unternehmen	268	1	1,71	1,12	1	5
Kleinstunternehmen	159	1	1,73	1,18	1	5

Tabelle 57: Deskriptive Statistik zu Frage 31

Frage 32: Vermeiden Sie im Interesse Ihres Unternehmens bewusst Vertragsverhandlungen, um die Qualifikation von Vertragsklauseln als Allgemeine Geschäftsbedingungen sicherzustellen?

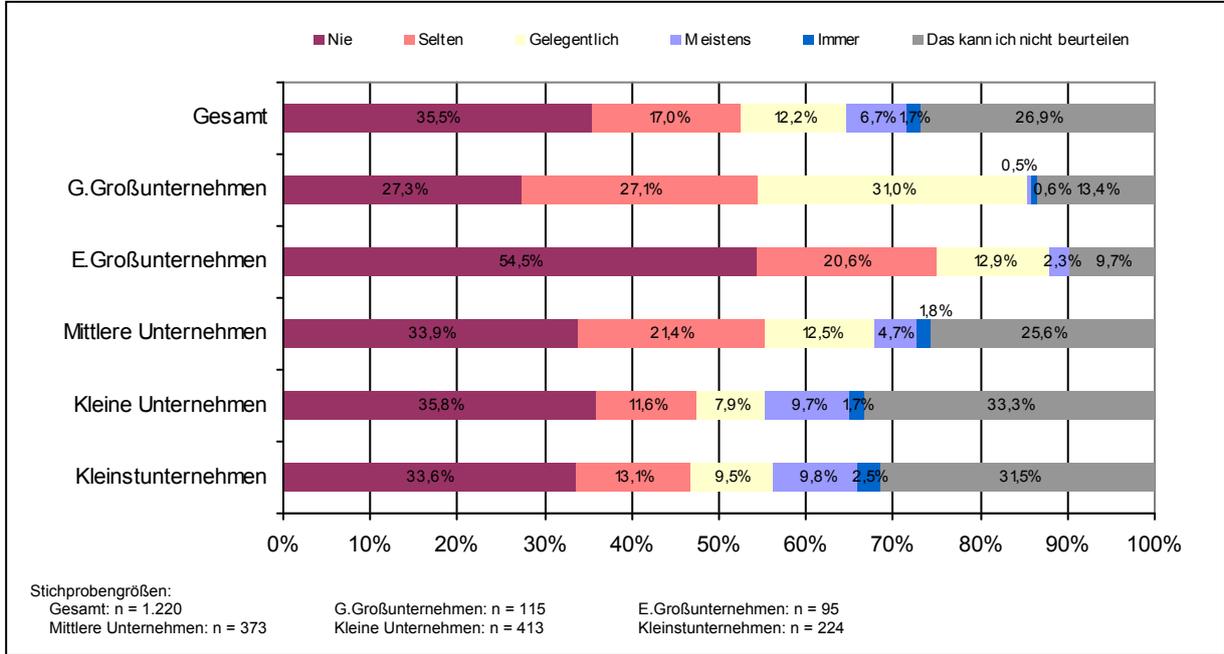


Abbildung 73: Vermeidung von Vertragsverhandlungen zur Sicherstellung von Vertragsklauseln als Allgemeine Geschäftsbedingungen

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	892	2	1,93	1,11	1	5
G.Großunternehmen	99	2	2,08	0,88	1	5
E.Großunternehmen	86	1	1,59	0,83	1	4
Mittlere Unternehmen	278	1	1,95	1,21	1	5
Kleine Unternehmen	276	1	1,95	1,21	1	5
Kleinstunternehmen	153	2	2,04	1,24	1	5

Tabelle 58: Deskriptive Statistik zu Frage 32

Frage 33: Es ist auf Grundlage des geltenden Rechts klar zu erkennen, ob im Einzelfall eine vertragliche Haftungsbeschränkung der AGB-Kontrolle unterfällt.

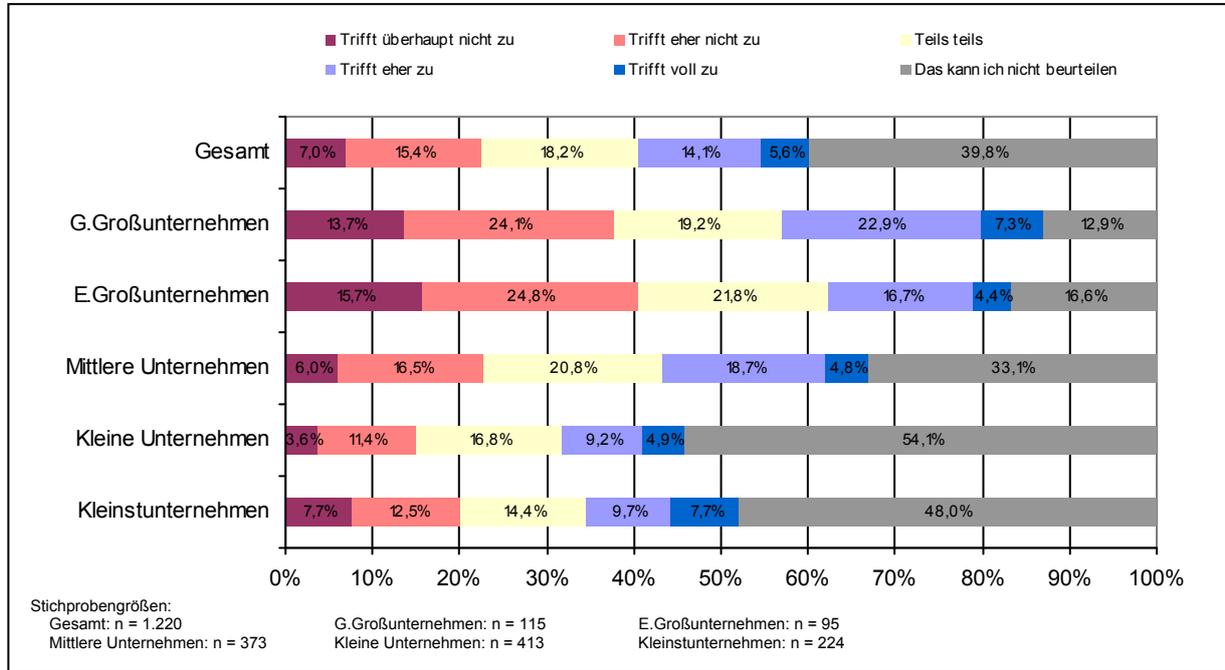


Abbildung 74: Erkennbarkeit ob vertragliche Haftungsbeschränkung der AGB-Kontrolle unterfällt

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	735	3	3,07	1,15	1	5
G.Großunternehmen	100	3	3,16	1,22	1	5
E.Großunternehmen	80	3	3,37	1,16	1	5
Mittlere Unternehmen	250	3	3,00	1,09	1	5
Kleine Unternehmen	190	3	2,99	1,10	1	5
Kleinstunternehmen	117	3	3,05	1,27	1	5

Tabelle 59: Deskriptive Statistik zu Frage 33

Frage 34: Das geltende Recht bietet im unternehmerischen Geschäftsverkehr ausreichende Möglichkeiten, die Haftung vertraglich zu beschränken.

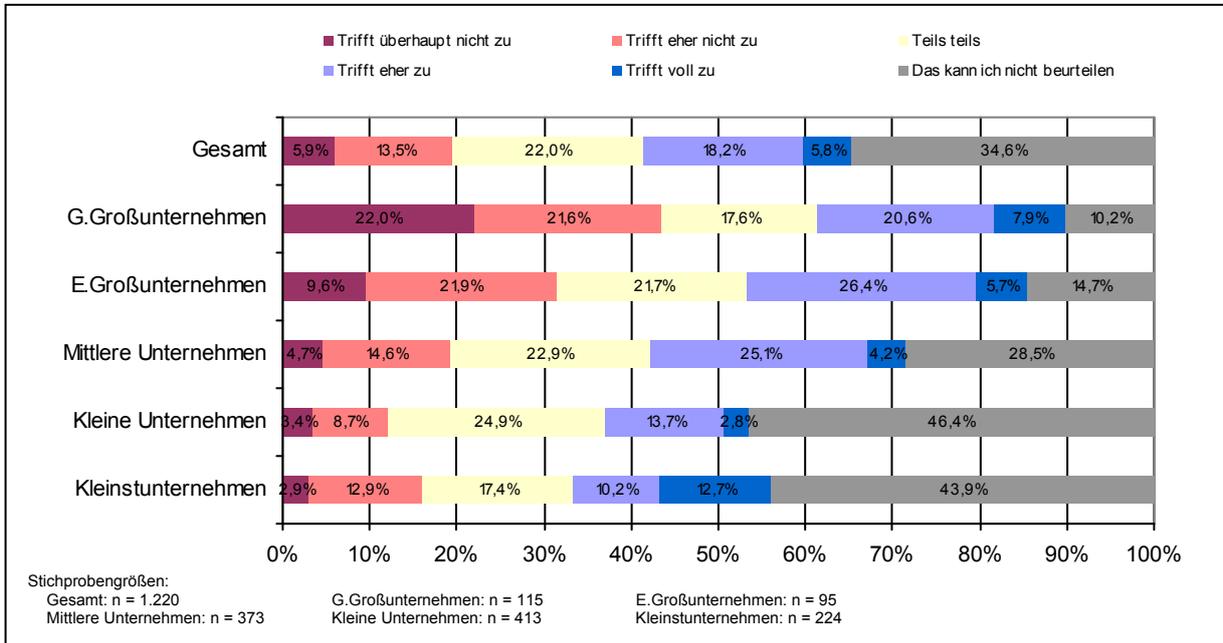


Abbildung 75: Ausreichende Möglichkeit zur vertraglichen Beschränkung der Haftung im unternehmerischen Geschäftsverkehr durch geltendes Recht

	n	Median	Mittelwert	Std. Abw.	Min	Max
Gesamt	798	3	2,93	1,10	1	5
G.Großunternehmen	103	3	3,32	1,31	1	5
E.Großunternehmen	81	3	3,04	1,14	1	5
Mittlere Unternehmen	267	3	2,87	1,01	1	5
Kleine Unternehmen	221	3	2,93	0,94	1	5
Kleinstunternehmen	126	3	2,70	1,20	1	5

Tabelle 60: Deskriptive Statistik zu Frage 34

c) Korrelationsanalysen

Nachfolgend werden verschiedene Korrelationsanalysen im Detail dargestellt, auf die im Zusammenhang mit der Auswertung der Umfrage 2 zuvor Bezug genommen wurde.

		n	Gar keine Zeit	< 30 Min.	30 Min. Bis 4 h	> 4 h
G.Großunternehmen						
≤ 50.000 Euro	r	40	0,482	0,068	0,113	-0,597
	Sig.		0,002	0,679	0,489	0
> 50.000 - 500.000 Euro	r		-0,25	0,311	0,414	-0,285
	Sig.		0,121	0,052	0,008	0,076
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro	r		-0,192	0,14	-0,01	0,082
	Sig.		0,237	0,39	0,949	0,618
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro	r		-0,245	-0,145	-0,015	0,362
	Sig.		0,13	0,373	0,929	0,023
> 2. Mio. Euro	r		-0,285	-0,245	-0,324	0,689
	Sig.		0,077	0,13	0,042	0
E.Großunternehmen						
≤ 50.000 Euro	r	39	0,723	-0,181	-0,324	-0,373
	Sig.		0	0,268	0,043	0,019
> 50.000 - 500.000 Euro	r		-0,225	0,417	0,107	-0,295
	Sig.		0,166	0,008	0,517	0,067
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro	r		-0,53	0,564	0,139	-0,115
	Sig.		0	0	0,398	0,485
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro	r		-0,202	-0,307	0,241	0,357
	Sig.		0,215	0,057	0,138	0,025
> 2. Mio. Euro	r		-0,267	-0,294	0,092	0,572
	Sig.		0,099	0,068	0,577	0
Mittlere Unternehmen						
≤ 50.000 Euro	r	163	0,288	0,144	-0,203	-0,435
	Sig.		0	0,066	0,01	0
> 50.000 - 500.000 Euro	r		-0,143	-0,048	0,151	0,116
	Sig.		0,069	0,547	0,055	0,139
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro	r		-0,253	-0,117	0,287	0,232
	Sig.		0,001	0,138	0	0,003
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro	r		-0,212	-0,145	0,119	0,417
	Sig.		0,007	0,066	0,131	0
> 2. Mio. Euro	r		-0,124	-0,087	-0,077	0,427
	Sig.		0,115	0,268	0,331	0
Kleine Unternehmen						
≤ 50.000 Euro	r	179	0,317	0,072	-0,219	-0,343
	Sig.		0	0,336	0,003	0
> 50.000 - 500.000 Euro	r		-0,205	-0,008	0,157	0,146
	Sig.		0,006	0,913	0,036	0,051
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro	r		-0,139	-0,073	0,089	0,222
	Sig.		0,063	0,33	0,239	0,003
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro	r		-0,193	-0,038	0,167	0,157
	Sig.		0,01	0,614	0,025	0,036
> 2. Mio. Euro	r		-0,103	-0,093	-0,008	0,315
	Sig.		0,17	0,216	0,919	0
Kleinstunternehmen						
≤ 50.000 Euro	r	75	0,2	-0,032	-0,194	-0,053
	Sig.		0,085	0,784	0,094	0,65
> 50.000 - 500.000 Euro	r		-0,161	-0,003	0,211	0,009
	Sig.		0,167	0,98	0,068	0,938
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro	r		-0,165	0,009	0,09	0,203
	Sig.		0,156	0,942	0,44	0,081
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro	r		-0,114	0,141	0,004	-0,05
	Sig.		0,331	0,225	0,97	0,672
> 2. Mio. Euro	r		-0,138	0,149	-0,091	0,155
	Sig.		0,236	0,202	0,437	0,182

Tabelle 61: Korrelationen zwischen Frage 10 und Frage 13

		n	Gar keine Zeit	< 30 Min.	30 Min. Bis 4 h	> 4 h
G.Großunternehmen		38				
≤ 50.000 Euro	<i>r</i>		,248	,299	-,346	-,201
	Sig.		,136	,070	,035	,228
> 50.000 - 500.000 Euro	<i>r</i>		-,306	-,066	,400	-,044
	Sig.		,064	,696	,013	,796
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro	<i>r</i>		,019	-,213	,063	,119
	Sig.		,911	,202	,710	,481
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro	<i>r</i>		,021	-,236	-,030	,268
	Sig.		,903	,157	,861	,106
> 2. Mio. Euro	<i>r</i>		-,146	-,181	,182	,154
	Sig.		,386	,280	,278	,359
E.Großunternehmen		41				
≤ 50.000 Euro	<i>r</i>		,361	,041	-,184	-,194
	Sig.		,021	,798	,251	,227
> 50.000 - 500.000 Euro	<i>r</i>		-,080	,496	-,411	-,095
	Sig.		,619	,001	,008	,557
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro	<i>r</i>		-,281	,059	-,020	,220
	Sig.		,076	,714	,903	,169
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro	<i>r</i>		-,196	-,367	,360	,255
	Sig.		,222	,019	,021	,109
> 2. Mio. Euro	<i>r</i>		-,140	-,432	,554	,061
	Sig.		,385	,005	,000	,708
Mittlere Unternehmen		190				
≤ 50.000 Euro	<i>r</i>		,108	,119	-,145	-,237
	Sig.		,137	,101	,047	,001
> 50.000 - 500.000 Euro	<i>r</i>		-,105	-,068	,183	,027
	Sig.		,151	,355	,012	,709
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro	<i>r</i>		-,112	-,008	,030	,203
	Sig.		,125	,916	,684	,005
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro	<i>r</i>		-,076	-,013	,046	,106
	Sig.		,297	,858	,532	,145
> 2. Mio. Euro	<i>r</i>		,043	-,114	-,020	,222
	Sig.		,560	,119	,789	,002
Kleine Unternehmen		226				
≤ 50.000 Euro	<i>r</i>		,214	,034	-,268	-,114
	Sig.		,001	,611	,000	,088
> 50.000 - 500.000 Euro	<i>r</i>		-,184	,020	,206	,042
	Sig.		,006	,768	,002	,526
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro	<i>r</i>		-,026	-,056	,039	,104
	Sig.		,695	,403	,563	,120
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro	<i>r</i>		-,139	-,104	,329	-,004
	Sig.		,037	,118	,000	,953
> 2. Mio. Euro	<i>r</i>		-,027	,011	-,074	,149
	Sig.		,691	,875	,268	,025
Kleinstunternehmen		113				
≤ 50.000 Euro	<i>r</i>		,048	,075	-,133	-,053
	Sig.		,611	,429	,160	,575
> 50.000 - 500.000 Euro	<i>r</i>		-,164	,077	,082	,078
	Sig.		,081	,418	,389	,413
> 500.000 - unter 1 Mio. Euro	<i>r</i>		,061	-,138	,139	-,065
	Sig.		,520	,143	,140	,491
> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro	<i>r</i>		-,082	-,046	,056	,183
	Sig.		,389	,629	,556	,053
> 2. Mio. Euro	<i>r</i>		,152	-,089	-,074	-,039
	Sig.		,107	,347	,435	,685

Tabelle 62: Korrelationen zwischen Frage 16 und Frage 19

	n	Koeffizient	Signifikanz
Gesamt	692	0,240	< 0,001
G.Großunternehmen	67	0,131	0,291
E.Großunternehmen	62	0,178	0,167
Mittlere Unternehmen	193	0,133	0,065
Kleine Unternehmen	217	0,289	0,000
Kleinstunternehmen	104	0,311	0,002

Tabelle 63: Korrelation zwischen Frage 21 und Frage 25

			Vertragsvolumina der mit Kunden abgeschlossenen Verträge				
			≤ 50.000 Euro	> 50.000 - 500.000 Euro	> 500.000 - unter 1 Mio. Euro	> 1 Mio. - unter 2. Mio. Euro	> 2. Mio. Euro
Gesamt	n	373					
	r		-,072	-,031	,139	,051	,055
	Sig.		,166	,556	,007	,327	,285
Gruppe Expertise_1 ¹⁴⁷	n	219					
	r		-,088	-,066	,177	,064	,114
	Sig.		,196	,332	,009	,347	,093
Gruppe Expertise_2 ¹⁴⁸	n	126					
	r		-,217	-,034	,272	,263	,204
	Sig.		,015	,708	,002	,003	,022

Tabelle 64: Korrelation zwischen Frage 10 und Frage 34¹⁴⁹

		Anbieterperspektive		Kundenperspektive	
		Frage 7	Frage 14	Frage 8	Frage 20
Gesamt	n	477	477	460	460
	r	-,026	-,069	-,102	-,054
	Sig.	,570	,133	,128	,252

Tabelle 65: Korrelation zwischen Frage 34 und Fragen 7 und 14 sowie 8 und 20

¹⁴⁷ Ohne die Befragten, die bei *Frage 29* angegeben haben, eine von beiden Seiten unterschriebene Vereinbarung, dass es sich um eine Individualvereinbarung handelt, ist ausreichend um eine Haftungsbeschränkung als Individualvereinbarung zu qualifizieren.

¹⁴⁸ Ohne die Befragten, die bei *Frage 29* angegeben haben, intensive Verhandlungen des Vertrages sind ausreichend um eine Haftungsbeschränkung als Individualvereinbarung zu qualifizieren.

¹⁴⁹ Es sind nur solche Fälle in die Analyse eingegangen, die unter *Frage 5* „Unternehmen“ angegeben haben.

G. Abschließende Empfehlungen

Das denkbare Spektrum der rechtspolitischen Bewertungen der vorliegenden Untersuchung ist groß. Ihr Beitrag besteht deshalb auch primär darin, eine neue Faktengrundlage zu schaffen, auf der die weitere rechtspolitische Diskussion aufbauen kann. Vor diesem Hintergrund sind die nachfolgenden Beobachtungen und Handlungsvorschläge als Denkanstöße zu verstehen, die diese Diskussion befruchten sollen.

I. Berechtigung der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr

Die Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern zeigt, dass auch im unternehmerischen Rechtsverkehr die Mehrzahl der Verträge eher geringe Volumen zum Gegenstand haben und die Vertragsschlüsse insoweit auch überwiegend auf Grundlage standardisierter Bedingungen ohne nennenswerte Verhandlungen geschlossen werden. Vor diesem Hintergrund erweist sich die grundlegende Entscheidung des historischen Gesetzgebers, die AGB-Kontrolle auch auf den unternehmerischen Rechtsverkehr zu erstrecken, als uneingeschränkt richtig.¹ Ohne eine entsprechende Kontrolle würden vorformulierte Vertrags- oder Bedingungswerke vielfach deren Urheber unangemessen bevorzugen. Ein „Konditionenwettbewerb“, der dies korrigieren könnte, ist im Bereich geringvolumiger Verträge nicht zu erwarten, weil sich dort eine Auseinandersetzung mit den Vertragsbedingungen für den Vertragspartner regelmäßig nicht lohnt. Die AGB-Kontrolle erweist sich vor diesem Hintergrund als sinnvolles Mittel, die Akzeptanz privater Rechtsgestaltung sicherzustellen und zu verhindern, dass die Beteiligten weitestgehend auf das den Besonderheiten des unternehmerischen Rechtsverkehrs nur beschränkt gerecht werdende dispositive Gesetzesrecht angewiesen sind.

II. Problembereiche

Gleichwohl zeigt die durchgeführte Untersuchung, dass es insbesondere im Bereich der Haftungsbeschränkungen zu einer Entwicklung gekommen ist, die legislative Korrekturen geboten erscheinen lässt.

¹ Zur Entwicklung *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, Einl. Rn. 24 m.w.N.

Die Analyse der Freizeichnungsmöglichkeiten auf Grundlage der §§ 307 ff. BGB hat ergeben, dass es im unternehmerischen Rechtsverkehr letztlich nicht möglich ist, in AGB die Haftung wirkungsvoll zu begrenzen. Grund hierfür ist insbesondere die Rechtsprechung des BGH, wonach die Haftung für die Verletzung von wesentlichen Vertragspflichten allenfalls auf den vorhersehbaren, vertragstypischen Schaden begrenzt werden kann (Vorhersehbarkeitsformel). Vor allem das im unternehmerischen Rechtsverkehr verbreitete Bedürfnis, Risiken durch Haftungsbeschränkungen kalkulierbar zu machen, lässt sich auf dieser Grundlage nicht befriedigen. Ob dieses Bedürfnis gegenüber dem ebenfalls verbreiteten Bedürfnis, selbst in den Genuss einer unbeschränkten Haftung des Vertragspartners zu gelangen, der Vorzug gebührt, bedarf der weiteren Diskussion. Hierbei sollten die Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des Rechts einbezogen werden.² Die Rechtsvergleichung zeigt jedenfalls, dass das deutsche Recht insoweit eine Sonderrolle einnimmt.

Die äußerst rigide Inhaltskontrolle von Haftungsbeschränkungen erweist sich darüber hinaus noch unter einem zweiten Gesichtspunkt als sehr problematisch. Im Zusammenspiel mit den von der Rechtsprechung aufgestellten sehr strengen Anforderungen an das Vorliegen einer Individualvereinbarung (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB) führt sie dazu, dass im Rahmen großvolumiger Verträge (z.B. Anlagenbau), die von den Parteien auf Grundlage internationaler Branchenstandards und meist unter erheblichem Einsatz juristischer Expertise vereinbarte Risikoallokation einem massiven Unwirksamkeitsrisiko unterliegt. Weil summenmäßige Haftungsbeschränkungen als zentraler Bestandteil einer solchen Risikoallokation unverzichtbar sind, wird ihre Aufnahme in den Vertrag meist von keiner der Parteien grundsätzlich infrage gestellt. In der Folge erfüllt die Vereinbarung nicht die Anforderungen, die der BGH in anderen Bereichen an das Zustandekommen von Individualvereinbarungen stellt. Die Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit belegt, dass das daraus resultierende Unwirksamkeitsrisiko nicht nur theoretischer Natur ist, sondern die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit erheblich beeinflusst. Weil die relevanten Vereinbarungen nicht vor die ordentlichen Gerichte gelangen, besteht wenig Hoffnung, dass der BGH in absehbarer Zeit die Gelegenheit erhält, hier die gebotene Rechtssicherheit zu schaffen. Auch in diesem Punkt nimmt das deutsche Recht international eine Son-

² Siehe u.a. *Kötz*, Zur Effizienz von Haftungsausschlussklauseln, S. 189 ff., in: Schäfer/Ott (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1989.

derrolle ein. Vor dem Hintergrund, dass entsprechende Vertragsschlüsse häufig grenzüberschreitend erfolgen und das deutsche Recht somit in Konkurrenz zu anderen Rechtsordnungen steht, ist nicht ausgeschlossen, dass diese Sonderrolle dem Rechtsstandort Deutschland langfristig nicht unerheblich schadet.

III. Handlungsvorschläge

1. Korrektur der Vorhersehbarkeitsformel für den unternehmerischen Rechtsverkehr

Eine Reaktion auf die beschriebenen Problembereiche könnte darin bestehen, die rigiden Vorgaben der Vorhersehbarkeitsformel für den unternehmerischen Rechtsverkehr maßvoll zu lockern und insbesondere summenmäßige Haftungsbeschränkungen, die auf eine Aufteilung des vertragstypischen Schadens zwischen der Parteien zielen, unter bestimmten Rahmenbedingungen zu ermöglichen. In Anlehnung an die französische Chronopost-Rechtsprechung der Cour de Cassation böte es sich an, die Grenze zulässiger Haftungsbeschränkungen dort zu ziehen, wo die Klausel keinen ausreichenden Druck mehr auf den Schuldner ausübt, um ihn zu sorgfältigem Handeln anzuhalten. Unter dem Aspekt der Präventionswirkung erscheint es jedenfalls nicht geboten, dass der Schuldner stets für den gesamten vorhersehbaren, vertragstypischen Schaden haftet.

Rechtstechnisch bestünde eine Option darin, in Anlehnung an den soeben in Kraft getretenen § 308 Nr. 1 a und 1b BGB (i.V.m. der Neufassung von § 310 Abs. 1 BGB)³ ein speziell an den unternehmerischen Rechtsverkehr adressiertes Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit zu schaffen, wonach Haftungsbeschränkungen dann (aber nur dann) unwirksam sind, wenn die im Einzelnen zu definierenden Rahmenbedingungen nicht eingehalten wurden. Hierbei sollte klargestellt werden, dass § 309 Nr. 7b BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr keine Anwendung findet. Speziell mit Blick auf summenmäßige Haftungsbeschränkungen wäre denkbar, deren Wirksamkeit von einem bestimmten Publizitätsakt oder einer qualifizierten Einbeziehungskontrolle abhängig zu machen.⁴ Da Haftungshöchstsummen mit geringem

³ BGBl I 2014/35 S. 1219.

⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang § 449 Abs. 2 Nr. 1 HGB, der die Wirksamkeit einer vom Frachtführer in AGB vereinbarten (über das Gesetz hinausgehenden) Haftungsbeschränkung davon abhängig macht, dass dieser seinen Vertragspartner „in geeigneter Weise darauf hinweist, dass [die Vertragsbedingungen] einen anderen als den gesetzlich vorgesehenen Betrag vorsehen“.

Aufwand verglichen werden können, ist ein solcher Ansatz geeignet, auch im Bereich geringvolumiger Verträge einen partiellen Konditionenwettbewerb zu ermöglichen.

2. Rechtssichere Beschränkung des Anwendungsbereichs der AGB-Kontrolle

Die partielle Liberalisierung der Inhaltskontrolle im Bereich von Freizeichnungsklauseln würde für die zweite beschriebene Problemdimension, die die großvolumigen Verträge betrifft, noch keine ausreichende Abhilfe schaffen. Die Analyse branchenüblicher Haftungsbeschränkungen hat gezeigt, dass es sich bei den Haftungsbeschränkungen häufig nur um ein Element einer im Einzelfall äußerst komplexen Risikoallokation handelt. Die Haftungsbeschränkungen korrespondieren insoweit meist mit haftungserweiternden Elementen, die – isoliert betrachtet – den strengen Anforderungen der §§ 307 ff. BGB ebenfalls nicht gerecht werden.⁵ Ferner gilt es zu beachten, dass stets eine Wechselwirkung zwischen der Risikoallokation und der Preisgestaltung besteht. Bei der Bewertung solcher gleichermaßen aus juristischen und ökonomischen Elementen bestehender Gesamtpakete stößt die richterliche Inhaltskontrolle zwangsläufig an ihre Grenzen. Unter der Voraussetzung, dass das Verhandlungsgleichgewicht nicht erheblich gestört ist, erscheint es daher vorzugswürdig, den Gestaltungswillen der in aller Regel intensiv juristisch beratenen Beteiligten zu respektieren und entsprechende Verträge von der Inhaltskontrolle auszunehmen.

Rechtstechnisch böte es sich an, eine an den Gegenstandswert des Vertrags knüpfende Wertgrenze einzuführen, ab deren Erreichen Verträge vom Anwendungsbereich der §§ 307 ff. BGB ausgeschlossen sind.⁶ Eine solche Lösung hätte Kompromisscharakter, da sie den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle im Übrigen unverändert ließe und durch sie insbesondere kleineren Unternehmen, deren Vertragsschlüsse sich unterhalb der Wertgrenze bewegen, keine Nachteile entstünden. Des Weiteren hat eine solche Lösung gegenüber denjenigen Reformvorschlägen, die am Wortlaut des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB anknüpfen, den Vorteil, dass sich die verbleibenden Abgrenzungsschwierigkeiten auf einen geringen Ausschnitt der unternehme-

⁵ Siehe Nachweise zur AGB-rechtlichen Problematik einer verschuldensunabhängigen Haftung, von Vertragsstrafen und von Schadenspauschalen oben unter D.II.2. Fn. 14 und D.III.2. Fn. 52.

⁶ *Leuschner*, JZ 2010, 875, 883 f.; ebenso *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 793 ff.; *Becker* JZ 2010, 1098, 1105; *Drygala*, JZ 2012, 983, 987 ff. Beachtenswert in diesem Zusammenhang auch den Reformvorschlag der Law Commissions von England und Schottland aus dem Jahr 2005 (näher oben unter E.III.4).

rischen Vertragsabschlusspraxis beschränken würden. Der auf diese Weise für großvolumige Verträge geschaffene „sichere Hafen“ wäre geeignet, im Wettbewerb der Rechtsordnungen den bisherigen Wettbewerbsnachteil des deutschen Rechts in einen Wettbewerbsvorteil umzuwandeln.

3. Gesonderte Berücksichtigung übermäßiger Marktmacht

Unabhängig von der Frage, welche Bedeutung der Marktmacht als Schutzzweck der AGB-Kontrolle de lege lata zukommt, kann kein Zweifel daran bestehen, dass die §§ 305 ff. BGB in ihrer praktischen Handhabung Schutz vor Marktmacht gewähren. Auch die maßvolle Liberalisierung des Anwendungsbereichs der Inhaltskontrolle durch eine Wertgrenze ist daher tendenziell geeignet, die Interessen derjenigen zu beeinträchtigen, die aktuell durch die AGB-Kontrolle vor übermäßiger Marktmacht geschützt werden. Indes kann dieser Aspekt nicht zur Konservierung des Status quo führen, in dem völlig unabhängig vom tatsächlichen Vorliegen eines erheblichen wirtschaftlichen Ungleichgewichts letztlich jeder Unternehmer auch bei großvolumigen Verträgen durch Passivität in den Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle gelangen kann. Geboten erscheint vielmehr eine differenzierende Lösung, die konkret auf den Aspekt übermäßiger Marktmacht zugeschnitten ist und den besonderen Bedürfnissen, der hiervon negativ Betroffenen Rechnung trägt.

Rechtstechnisch wäre eine Lösung denkbar, wonach die (entsprechende) Anwendung der §§ 307 ff. BGB für den Fall angeordnet würde, dass aufgrund der übermäßigen Marktmacht des Verwenders zwischen den Vertragsschließenden ein erhebliches Ungleichgewicht besteht. Auf diese Weise würde sichergestellt, dass übermäßiger Marktmacht ausgesetzte Unternehmen auch bei Vertragsschlüssen oberhalb der vorgeschlagenen Wertgrenze nicht an Schutz einbüßen.⁷

⁷ Siehe hierzu Vorschlag von *Drygala*, JZ 2012, 983, 987; zuvor bereits *Leuschner* JZ 2010, 875, 884.

H. Anlagen

Anlage 1: Fragebogen zur Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit

Anlage 2: Fragebogen zur Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern

Anlage 3: Protokoll des Treffens der Fokusgruppe 1 (Vorbereitung der Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit)

Anlage 4: Protokoll des Treffens der Fokusgruppe 2 (Vorbereitung der Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern)

Anlage 1

Fragebogen zur Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit

Überblick

A. Fragen zur Schiedserfahrung

1. Anzahl der Schiedsverfahren
2. Beteiligungen als Schiedsrichter/in

B. Generelle Fragen zu den Schiedsverfahren

3. Anteil der grenzüberschreitenden Sachverhalte
4. Anteil der Verfahren mit deutschem Recht
5. Häufigste Vertragstypen/Rechtsgebiete
6. Schiedsverfahren zu Grunde liegende Vertragsvolumen

C. Erfahrungen mit Rechtswahlklauseln

7. Wahl ausländischen Rechts bei inländischen Sachverhalten
- 7a. Gewählte Rechtsordnungen
8. Wahl deutschen Rechts unter Ausschluss der §§ 305 ff. BGB

D. Bedeutung der §§ 305 ff. BGB in den Schiedsverfahren

9. Anteil der Verfahren mit Erhebung der AGB-Einrede
- 9a. Am häufigsten betroffene vertragliche Regelungen
- 9b. Ergebnisrelevanz der AGB-Einrede
- 9c. AGB-Qualität der streitgegenständlichen Regelung
- 9d. Anforderungen an Individualabreden
- 9e. Anwendung der Kardinalpflichten-Rechtsprechung
- 9f. Indizwirkung der Klauselverbote für den unternehmerischen Rechtsverkehr

E. Bewertung der §§ 305 ff. BGB

10. §§ 305 ff. BGB als sinnvoller Schutz
11. Einfluss der §§ 305 ff. BGB auf die Rechtssicherheit
12. „Lästigkeitsfaktor“ der AGB-Einrede
13. §§ 305 ff. BGB als Eingriff in Vertragsfreiheit von Unternehmen
14. §§ 305 ff. BGB als Hindernis für die Wahl deutschen Rechts

Fragebogen zur Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit

A. Fragen zur Schiedserfahrung

1. An ungefähr wie vielen Schiedsverfahren waren Sie in den letzten 5 Jahren als Schiedsrichter/in oder Parteivertreter/in beteiligt?

(absolute Zahl)

2. In ungefähr wie vielen der von Ihnen unter 1. genannten X Verfahren waren sie als Schiedsrichter/in tätig?

(absolute Zahl)

alternativ: % (Prozentsatz)

B. Generelle Fragen zu den Schiedsverfahren

3. Ungefähr wie viele der von Ihnen unter 1. genannten X Verfahren betrafen grenzüberschreitende Sachverhalte?

(absolute Zahl)

alternativ: % (Prozentsatz)

4. In ungefähr wie vielen der unter 1. genannten Verfahren X fand als materielles Recht deutsches Recht Anwendung?

(absolute Zahl)

alternativ: % (Prozentsatz)

5. Bitte nennen Sie die häufigsten Vertragstypen/Rechtsgebiete, die Gegenstand der von Ihnen unter 1. genannten X Verfahren waren (maximal drei)?

Bau- und Anlagenbauverträge

Unternehmenskaufverträge

Lizenzverträge

Gesellschaftsverträge

Vertriebsverträge

- Kaufverträge über Investitionsgüter (Flugzeuge etc.)
- Finanzierungsverträge
- Transportverträge
- Subunternehmerverträge
- Sonstiges _____

6. Bitte schätzen Sie **grob**, welche Vertragsvolumina* (nicht Streitwert!) den von Ihnen unter 1. genannten X Verfahren zugrunde lagen? (*jeweils ungefähre Anteile in % bezogen auf alle Verfahren*)

- | | |
|--------------------------|-----------------------|
| Bis 500.000 EUR | _____ % der Verfahren |
| > 500.000 bis 1 Mio. EUR | _____ % der Verfahren |
| > 1 Mio. bis 2 Mio. EUR | _____ % der Verfahren |
| > 2 Mio. EUR | _____ % der Verfahren |

Summe (100%)

Das kann ich nicht beurteilen

* Gemeint ist der wirtschaftliche Wert der streitgegenständlichen Verträge. Anhaltspunkt ist insoweit in erster Linie die Gegenleistung (falls vorhanden). Bei Rahmenverträgen ist auf die üblichen Volumenschätzungen (Gesamtvolumen) abzustellen.

C. Erfahrungen mit Rechtswahlklauseln

Bitte beurteilen Sie die folgenden Fragen sowohl unter Berücksichtigung Ihrer Schiedserfahrung als auch eventueller kaufmännischer Erfahrungen!

7. Kommt es Ihrer Erfahrung nach vor, dass für rein inländische Sachverhalte ausländisches Recht (als materielles Recht) gewählt wird?

- nie
- selten
- gelegentlich
- meistens
- immer
- Das kann ich nicht beurteilen

7a. Wenn ja, nennen Sie bitte die Rechtsordnung(en), die am häufigsten gewählt wird/werden (**maximal zwei**).

- Englisch Recht
- Schweizer Recht
- Österreichisches Recht
- Sonstige Rechtsordnungen _____

8. Haben Sie erlebt, dass bei rein inländischen Sachverhalten deutsches Recht (als materielles Recht) unter Ausschluss der §§ 305 ff. BGB gewählt wird?

- nie
- selten
- gelegentlich
- meistens
- immer
- Das kann ich nicht beurteilen

D. Bedeutung der §§ 305 ff. BGB in den Schiedsverfahren

9. In ungefähr wie vielen der von Ihnen unter 1. genannten X Verfahren wurde von einer Partei die Wirksamkeit vertraglicher Regelungen unter Hinweis auf die §§ 305 ff. BGB infrage gestellt („AGB-Einrede“)?

- (absolute Zahl) alternativ: % (Prozentsatz)

9a. Bitte nennen Sie die vertraglichen Regelungen, die von der AGB-Einrede am häufigsten betroffen waren? (maximal drei)¹

- Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse
 - Haftungserweiterungen
 - Kostenpauschalen
-

¹ Frage erscheint, wenn Antwort bei Frage 9 mindestens 1 (bzw. in Prozent > 0).

- Freistellungsvereinbarungen
- Rücktritts-, Kündigungsrechte
- Verlängerung/Verkürzung von Fristen
- Ausschluss/Beschränkung von Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten
- Erweiterung/Verkürzung Verjährung
- Schadenspauschalierungen/Vertragsstrafen
- Beweislastveränderungen
- Sonstiges _____

9b. In ungefähr wie vielen Fällen, in denen die AGB-Einrede erhoben wurde, hatte diese Einfluss auf das Ergebnis des Schiedsverfahrens?²

- (absolute Zahl) alternativ: % (Prozentsatz)

9c. In ungefähr wie vielen Fällen, in denen die AGB-Einrede erhoben wurde, hat das Schiedsgericht die Qualifikation der angegriffenen Regelung als Allgemeine Geschäftsbedingung (statt als Individualabrede) ernsthaft in Erwägung gezogen?³

- (absolute Zahl) alternativ: % (Prozentsatz)

9d. Welcher der nachfolgenden Umstände führt Ihrer Erfahrung nach dazu, dass Schiedsgerichte Haftungsbeschränkungen als Individualvereinbarung qualifizieren? **(Mehrfachnennung möglich)**⁴

- Vertrag wurde intensiv verhandelt
- Textliche Änderungen der Haftungsbeschränkungsklausel im Vergleich zu Erstentwurf
- Intensive Verhandlungen über Modalitäten der Haftungsbeschränkung
- Berücksichtigung der Haftungsbeschränkung bei der Preisgestaltung

² Frage erscheint, wenn Antwort bei Frage 9 mindestens 1 (bzw. in Prozent > 0).

³ Frage erscheint, wenn Antwort bei Frage 9 mindestens 1 (bzw. in Prozent > 0).

⁴ Frage erscheint, wenn Antwort bei Frage 9 mindestens 1 (bzw. in Prozent > 0).

- Durch Haftungsbeschränkungsklausel Begünstigter war grundsätzlich bereit, auf Haftungsbeschränkung zu verzichten
- Das kann ich nicht beurteilen

9e. Die Schiedsgerichte folgen der Rechtsprechung des BGH, wonach die Haftung für die schuldhafte Verletzung von Kardinalpflichten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich nicht beschränkt werden kann.⁵

- trifft voll zu
- trifft eher zu
- teils teils
- trifft eher nicht zu
- trifft überhaupt nicht zu
- Das kann ich nicht beurteilen

9f. Die Schiedsgerichte weisen bei der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingung den Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB Indizwirkung für den unternehmerischen Geschäftsverkehr zu?⁶

- trifft voll zu
- trifft eher zu
- teils teils
- trifft eher nicht zu
- trifft überhaupt nicht zu
- Das kann ich nicht beurteilen

E. Bewertung der §§ 305 ff. BGB

10. Die §§ 305 ff. BGB bewirken in den vor Schiedsgerichten ausgetragenen Streitigkeiten einen sinnvollen Schutz vor unangemessenen Benachteiligungen.

- trifft voll zu

⁵ Frage erscheint, wenn Antwort bei Frage 9 mindestens 1 (bzw. in Prozent > 0).

⁶ Frage erscheint, wenn Antwort bei Frage 9 mindestens 1 (bzw. in Prozent > 0).

- trifft eher zu
- teils teils
- trifft eher nicht zu
- trifft überhaupt nicht zu
- Das kann ich nicht beurteilen

11. Die Vorhersehbarkeit des Ergebnisses streitiger Auseinandersetzung vor Schiedsgerichten wird durch die §§ 305 ff. BGB eingeschränkt.

- trifft voll zu
- trifft eher zu
- teils teils
- trifft eher nicht zu
- trifft überhaupt nicht zu
- Das kann ich nicht beurteilen

12. Die Erhebung der AGB-Einrede im Rahmen von Schiedsverfahren erhöht vielfach deren Kosten und Dauer, obwohl sie ohne Einfluss auf die rechtliche Bewertung bleibt.

- trifft voll zu
- trifft eher zu
- teils teils
- trifft eher nicht zu
- trifft überhaupt nicht zu
- Das kann ich nicht beurteilen

13. Die §§ 305 ff. BGB schränken die Vertragsfreiheit von Unternehmen unangemessen ein.

- trifft voll zu
- trifft eher zu
- teils teils
- trifft eher nicht zu
- trifft überhaupt nicht zu

Das kann ich nicht beurteilen

14. Die §§ 305 ff. BGB halten die Parteien bei grenzüberschreitenden Verträgen davon ab, als materielles Recht deutsches Recht zu wählen.

trifft voll zu

trifft eher zu

teils teils

trifft eher nicht zu

trifft überhaupt nicht zu

Das kann ich nicht beurteilen

Anlage 2

Fragebogen zur Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern

Überblick

A. Angaben zum Unternehmen

1. Branche
2. Mitarbeiterzahl
3. Umsatz
4. Rechtsabteilung
- 4a. Anzahl Mitarbeiter Rechtsabteilung
5. Kundenstruktur: Verbraucher vs. Unternehmen
- 5a. Kundenstruktur: verbundene vs. unverbundene Unternehmen
6. Zuliefererstruktur
7. Konkurrenzsituation auf Absatzmärkten
8. Abhängigkeit von Zulieferern

B. Vertrags- und Abschlussmodalitäten

I. Anbieterperspektive

9. Grenzüberschreitende Verträge
10. Vertragsvolumina
11. „Steller“ der Vertragsnebenbedingungen
12. Form der Einführung von Vertragsnebenbedingungen
13. Umfang der Verhandlungen über Vertragsnebenbedingungen
- 13a. Gründe für fehlende Verhandlung über Vertragsnebenbedingungen
14. Einflussmöglichkeit auf Vertragsnebenbedingungen

II. Abnehmerperspektive

15. Grenzüberschreitende Verträge
16. Vertragsvolumina
17. „Steller“ der Vertragsnebenbedingungen
18. Form der Einführung von Vertragsnebenbedingungen
19. Umfang der Verhandlungen über Vertragsnebenbedingungen
- 19a. Gründe für fehlende Verhandlungen über Vertragsnebenbedingungen

20. Einflussmöglichkeiten auf Vertragsnebenbedingungen

C. Haftungsbeschränkungen

I. Anbieterperspektive (Haftungsbeschränkungen gegenüber Kunde)

21. Bedürfnis nach Haftungsbeschränkungen

21a. Gründe für Bedürfnis nach Haftungsbeschränkungen

21b. Als wichtig erachtete Formen von Haftungseinschränkungen

22. Umfang der Verwendung von Haftungsbeschränkungen

22a. Umfang der Orientierung an den §§ 307 ff. BGB

22aa. Gründe für Nichtorientierung an den §§ 307 ff. BGB

22b. Gründe für Verzicht auf Haftungsbeschränkungen

23. Versicherbarkeit von Haftungsrisiken

23a. Umfang der Inanspruchnahme von Versicherungsschutz

23aa. Gründe für Nichtinanspruchnahme von Versicherungsschutz

24. Fälle der Berufung auf Haftungsbeschränkungen

24a. Fälle der Infragestellung der Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung durch Kunden

24aa. Ausgang der Auseinandersetzung

II. Abnehmerperspektive (Haftungsbeschränkungen durch Zulieferer etc.)

25. Bedürfnis nach unbeschränkter Haftung des Vertragspartners

25a. Gründe für Bedürfnis nach unbeschränkter Haftung des Vertragspartners

26. Umfang der Verwendung von Haftungsbeschränkungen durch Vertragspartner

26a. Formen von Haftungsbeschränkungen durch Vertragspartner

26b. Gründe für Akzeptanz von Haftungsbeschränkungen des Vertragspartners

27. Versicherbarkeit des Risikos pflichtwidrigen Verhaltens der Vertragspartner

27a. Umfang der Inanspruchnahme von Versicherungsschutz

27aa. Gründe für Nichtinanspruchnahme von Versicherungsschutz

28. Fälle der Berufung auf Haftungsbeschränkungen Seitens der Vertragspartner

28a. Fälle der Infragestellung der Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung

28aa. Ausgang der Auseinandersetzung

D. Umgang mit dem AGB-Recht, Einschätzung des geltenden Rechts

29. Voraussetzungen einer Individualvereinbarung

30. Flucht in ausländisches Recht bei inländischen Verträgen

31. Bedeutung des AGB-Rechts bei der grenzüberschreitender Rechtswahl
32. Bewusster Verzicht auf Verhandlungen
33. Vorhersehbarkeit des Anwendungsbereichs der AGB-Kontrolle
34. Das geltende Recht bietet im unternehmerischen Geschäftsverkehr ausreichende Möglichkeiten, die Haftung vertraglich zu beschränken.

Fragebogen zur Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern

A. Allgemeine Angaben zum Unternehmen

1. **Welcher der nachfolgenden Branche ist Ihr Unternehmen schwerpunktmäßig zuzurechnen?**

- Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden
- Verarbeitendes Gewerbe
- Energieversorgung
- Wasserversorgung
- Usw.

2. **Ca. wie viele Mitarbeiter (Kopfzahl) hat Ihr Unternehmen zum Ende des vergangenen Geschäftsjahres beschäftigt?**

- Bis 10 Mitarbeiter
- > 10 bis 50 Mitarbeiter
- > 50 - 500 Mitarbeiter
- > 500 – 2.000 Mitarbeiter
- > 2.000 Mitarbeiter

3. **Ca. welchen Umsatz hat Ihr Unternehmen im vergangenen Geschäftsjahr erzielt?**

- < 2 Mio. Euro
- ≥ 2 Mio. Euro – 10 Mio. Euro
- > 10 Mio. Euro – 50 Mio. Euro
- > 50 Mio. Euro - 500 Mio. Euro
- > 500 Mio. Euro

4. **Verfügt Ihr Unternehmen über eine Rechtsabteilung?**

- Ja
- Nein

4a. Aus ca. wie vielen juristischen Mitarbeitern* (Kopfzahl) besteht die Rechtsabteilung?⁷

_____ (absolute Zahl)

* Volljuristen, Diplom-Juristen, Magister, Wirtschaftsjuristen und vergleichbare ausländische Abschlüsse.

5. Wer sind überwiegend Ihre Kunden?

- Verbraucher
- Unternehmen
- Das kann ich nicht beurteilen

5a. Handelt es sich bei den Unternehmen, die Ihre Kunden sind, überwiegend um mit Ihrem Unternehmen verbundene Unternehmen?^{*8}

- Ja
- Nein
- Das kann ich nicht beurteilen

* I.S.d. § 15 AktG.

6. Handelt es sich bei Ihren Lieferanten, Dienstleister und Subunternehmern überwiegend um mit Ihrem Unternehmen verbundene Unternehmen?*

- Ja
- Nein
- Das kann ich nicht beurteilen

* I.S.d. § 15 AktG.

⁷ Erscheint, wenn bei Frage 4 die Antwort „ja“ gewählt wird.

⁸ Erscheint, wenn bei Frage 5 „Unternehmen“ oder „Das kann ich nicht beurteilen“ gewählt wurde.

7. Wie schätzen Sie den Konkurrenzdruck auf Ihren bedeutsamsten Absatzmärkten ein?

- Sehr groß
- Groß
- Durchschnittlich
- Gering
- Sehr gering
- Das kann ich nicht beurteilen

8. Wie groß ist Ihre Abhängigkeit von Zulieferern, Dienstleistern und Subunternehmern?

- Sehr groß
- Groß
- Durchschnittlich
- Gering
- Sehr gering
- Das kann ich nicht beurteilen

B. Vertrags- und Abschlussmodalitäten

I. Anbieterperspektive⁹

Die folgenden Fragen richten sich an Ihr Unternehmen in der Rolle als Anbieter von Leistungen, d.h. sie betreffen Vertragsschlüsse Ihres Unternehmens mit seinen Kunden.

9. Welchen Anteil am Gesamtumsatz hat der Auslandsumsatz?

- ca. 0 %
- ca. 20 %
- ca. 40 %
- ca. 60 %

⁹ Die Fragen dieses Abschnitts entfallen vollständig, wenn bei Frage 5 die erste Antwortoption („Verbraucher“) oder bei Frage 5a die erste Antwortoption („Ja“) gewählt wird.

- ca. 80 %
- ca. 100 %
- Das kann ich nicht beurteilen

10. Schätzen Sie bitte grob, welche Vertragsvolumina (gemessen an der Gegenleistung*) die mit Ihren Kunden abgeschlossenen Verträge aufweisen (jeweils ungefähre Anteile in % bezogen auf alle Vertragsschlüsse mit Kunden)

- < 50.000 Euro: _____ % der Vertragsschlüsse
- ≥ 50.000 - 500.000 Euro _____ % der Vertragsschlüsse
- > 500.000 – 1 Mio. Euro _____ % der Vertragsschlüsse
- > 1 Mio. – 2. Mio. Euro _____ % der Vertragsschlüsse
- > 2 Mio. Euro _____ % der Vertragsschlüsse
- Summe** **100** %

- Das kann ich nicht beurteilen.

* Bei Rahmenverträgen bitte auf Volumenschätzungen (Gesamtvolumen) abstellen.

11. Neben dem Preis und der Leistungsbeschreibung werden (im selben oder einem gesonderten Dokument) vielfach auch weitere Regelungen betreffend der Gefahrtragung, Gewährleistung, Haftung etc. getroffen. Von wem werden solche „Vertragsnebenbedingungen“ bei Vertragsschlüssen mit Ihren Kunden eingeführt? (jeweils ungefähre Anteile in % bezogen auf alle Vertragsschlüsse mit Kunden)

- Von uns _____ % der Vertragsschlüsse
- Vom Kunden _____ % der Vertragsschlüsse
- Beide Seiten legen Bedingungen vor _____ % der Vertragsschlüsse
- Es werden (neben Preis und Leistungsbeschreibung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart _____ % der Vertragsschlüsse
- Summe** **100** %

Das kann ich nicht beurteilen

12. In welcher Form werden die Vertragsnebenbedingungen bei Vertragsschlüssen mit Ihren Kunden eingeführt (jeweils ungefähre Anteile in % bezogen auf alle Vertragsschlüsse mit Kunden)?

- | | | |
|--|------------|----------------|
| <input type="radio"/> In Papierform | _____ | % der Verträge |
| <input type="radio"/> Als nicht mark-up-fähige
(= unveränderbare) Datei (PDF o.ä.) | _____ | % der Verträge |
| <input type="radio"/> Als mark-up-fähige (= veränderbare
Datei) (Word o.ä.) | _____ | % der Verträge |
| <input type="radio"/> Verweis auf eigene Bedingungen, die
anderweitig zugänglich sind (z.B. im Internet,
in virtueller Lieferantenplattform o. ä.) | _____ | % der Verträge |
| <input type="radio"/> Es werden (neben Preis und Leistungsbe-
schreibung) keine weiteren Vertragsbedin-
gungen vereinbart | _____ | % der Verträge |
| Summe | 100 | % |

Das kann ich nicht beurteilen.

13. Ca. wie viel Zeit verwendet Ihr Unternehmen bei Vertragsschlüssen mit Kunden auf die Gestaltung bzw. Verhandlung der Vertragsnebenbedingungen? (jeweils ungefähre Anteile in % bezogen auf alle Vertragsschlüsse mit Kunden)

- | | | |
|--------------------------------------|------------|------------------------|
| <input type="radio"/> Gar keine Zeit | _____ | % der Vertragsschlüsse |
| <input type="radio"/> < 30 Min. | _____ | % der Vertragsschlüsse |
| <input type="radio"/> 30 Min. - 4 h | _____ | % der Vertragsschlüsse |
| <input type="radio"/> > 4 h | _____ | % der Vertragsschlüsse |
| Summe | 100 | % |

Das kann ich nicht beurteilen.

13a. Warum wird vielfach keine bzw. wenig (< 30 Min.) Zeit auf die Gestaltung bzw. Verhandlung von Vertragsnebenbedingungen verwandt?¹⁰ (Mehrfachnennung möglich)

- Kunde besteht auf die von ihm eingeführten Vertragsnebenbedingungen
- Wir setzen unsere Standardbedingungen durch
- Die vereinbarten Vertragsnebenbedingungen sind Marktstandard
- Der Aufwand lohnt sich nicht
- Wir vertrauen in die Rechtsordnung/Rechtsprechung
- Sonstige Gründe
- Das kann ich nicht beurteilen

14. Ist Ihr Unternehmen bei Vertragsschlüssen mit Kunden in der Lage, seine Vorstellungen von den Vertragsnebenbedingungen durchzusetzen?

- Nie
- Selten
- Gelegentlich
- Meistens
- Immer
- Das kann ich nicht beurteilen

¹⁰ Erscheint, wenn bei Frage 13 ein signifikanter Prozentsatz auf die Antwortoptionen 1 und/oder 2 entfällt (> 25%).

II. Abnehmerperspektive¹¹

Die folgenden Fragen richten sich an Ihr Unternehmen in dessen Rolle als Abnehmer von Leistungen, d.h. sie betreffen Vertragsschlüsse Ihres Unternehmens mit Zulieferern, Dienstleistern, Subunternehmern usw.

15. Wie groß ist der Anteil von Leistungen, den Sie von ausländischen Anbietern beziehen (Geschäftsvolumen)?

- ca. 0 %
- ca. 20 %
- ca. 40 %
- ca. 60 %
- ca. 80 %
- ca. 100 %
- Das kann ich nicht beurteilen

16. Schätzen Sie bitte grob, welche Volumina (gemessen an der Gegenleistung*) die Vertragsschlüsse aufweisen, die Ihr Unternehmen als Abnehmer tätigt (jeweils ungefähre Anteile in % bezogen auf alle Vertragsschlüsse mit Zulieferern, Dienstleistern Subunternehmern etc.).

- | | | |
|---|------------|------------------------|
| <input type="radio"/> < 50.000 Euro: | _____ | % der Vertragsschlüsse |
| <input type="radio"/> ≥ 50.000 - 500.000 Euro | _____ | % der Vertragsschlüsse |
| <input type="radio"/> > 500.000 - 1 Mio. Euro | _____ | % der Vertragsschlüsse |
| <input type="radio"/> > 1 Mio. – 2. Mio. Euro | _____ | % der Vertragsschlüsse |
| <input type="radio"/> > 2 Mio. Euro | _____ | % der Vertragsschlüsse |
| Summe | 100 | % |

- Das kann ich nicht beurteilen

* Bei Rahmenverträgen bitte auf Volumenschätzungen (Gesamtvolumen) abstellen.

¹¹ Die Fragen dieses Abschnitts entfallen vollständig, wenn bei Frage 6 die erste Antwortoption („Ja“) gewählt wird.

17. Neben dem Preis und der Leistungsbeschreibung werden (im selben oder einem gesonderten Dokument) vielfach auch weitere Regelungen betreffend der Gefahrtragung, Gewährleistung, Haftung etc. getroffen. Von wem werden solche „Vertragsnebenbedingungen“ bei Vertragsschlüssen, die ihr Unternehmen als Abnehmer mit Vertragspartnern tätigt, eingeführt? (*jeweils ungefähre Anteile in % bezogen auf alle Vertragsschlüsse mit Kunden*)

- Von uns _____ % der Vertragsschlüsse
- Vom Vertragspartner _____ % der Vertragsschlüsse
- Beide Seiten legen Bedingungen vor _____ % der Vertragsschlüsse
- Es werden (neben Preis und Leistungsbeschreibung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart _____ % der Vertragsschlüsse
- Summe** **100 %**
- Das kann ich nicht beurteilen

18. In welcher Form werden solche „Vertragsnebenbedingungen“ bei Vertragsschlüssen, die ihr Unternehmen als Abnehmer mit Vertragspartnern tätigt, eingeführt (*jeweils ungefähre Anteile in % bezogen auf alle Vertragsschlüsse mit Kunden*)?

- In Papierform _____ % der Verträge
- Als nicht mark-up-fähige (= unveränderbare) Datei (PDF o.ä.) _____ % der Verträge
- Als mark-up-fähige (= veränderbare Datei) (Word o.ä.) _____ % der Verträge
- Verweis auf eigene Bedingungen, die anderweitig zugänglich sind (z.B. im Internet, in virtueller Lieferantenplattform o. ä.) _____ % der Verträge
- Es werden (neben Preis und Leistungsbeschreibung) keine weiteren Vertragsbedingungen vereinbart _____ % der Verträge
- Summe** **100 %**
- Das kann ich nicht beurteilen

19. Ca. wie viel Zeit verwendet Ihr Unternehmen bei Vertragsschlüssen, an denen es als Abnehmer beteiligt ist, auf die Gestaltung bzw. Verhandlung der Vertragsnebenbedingungen? (jeweils ungefähre Anteile in % bezogen auf alle Vertragsschlüsse mit Zulieferern, Dienstleistern Subunternehmern etc.)

- | | |
|--------------------------------------|------------------------------|
| <input type="radio"/> Gar keine Zeit | _____ % der Vertragsschlüsse |
| <input type="radio"/> < 30 Min. | _____ % der Vertragsschlüsse |
| <input type="radio"/> 30 Min. - 4 h | _____ % der Vertragsschlüsse |
| <input type="radio"/> > 4 h | _____ % der Vertragsschlüsse |
| Summe | 100 % |

Das kann ich nicht beurteilen

19a. Warum wird vielfach keine bzw. wenig (< 30 Min.) Zeit auf die Gestaltung bzw. Verhandlung von Vertragsnebenbedingungen verwandt? ¹² (Mehrfachnennung möglich)

- Vertragspartner besteht auf die von ihm eingeführten Vertragsnebenbedingungen
- Wir setzen unsere Standardbedingungen durch
- Die vereinbarten Vertragsnebenbedingungen sind Marktstandard
- Der Aufwand lohnt sich nicht
- Wir vertrauen in die Rechtsordnung/Rechtsprechung
- Sonstige Gründe
- Das kann ich nicht beurteilen

20. Ist Ihr Unternehmen bei Vertragsschlüssen, an denen es als Abnehmer beteiligt ist, in der Lage, seine Vorstellungen von den Vertragsnebenbedingungen durchzusetzen?

- Nie
- Selten
- Gelegentlich

¹² Erscheint, wenn bei Frage 19 ein signifikanter Prozentsatz auf die Antwortoptionen 1 und/oder 2 entfällt (> 25%).

- Meistens
- Immer
- Das kann ich nicht beurteilen

C. Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse

I. Anbieterperspektive (Haftungsbeschränkungen gegenüber Kunden)¹³

Die folgenden Fragen richten sich an Ihr Unternehmen in der Rolle als Anbieter von Leistungen, d.h. sie betreffen Vertragsschlüsse Ihres Unternehmens mit seinen Kunden.

21. Wie wichtig ist es für Ihr Unternehmen als Anbieter, seinen Kunden gegenüber die Haftung zu beschränken?*

- Gar nicht wichtig
- Etwas wichtig
- Wichtig
- Sehr wichtig
- Das kann ich nicht beurteilen

* Der Begriff der Haftungsbeschränkung umfasst hier und im Folgenden auch den Haftungsausschluss.

21a. Was sind die Gründe für Ihr Bedürfnis nach Haftungsbeschränkungen gegenüber Kunden?¹⁴ (*Mehrfachnennung möglich*)

- Wir müssen Haftungsbeschränkungen unserer Lieferanten, Dienstleister, Subunternehmer etc. weiterreichen
- Quantifizierbarkeit der Haftungsrisiken für Preiskalkulation erforderlich
- Haftungsrisiken stehen außer Verhältnis zum Vertragswert
- Aufsichtsrechtliche Vorgaben
- Interne Vorgaben

¹³ Die Fragen dieses Abschnitts entfallen vollständig, wenn bei Frage 5 die erste Antwortoption („Verbraucher“) oder bei Frage 5a die erste Antwortoption („Ja“) gewählt wird.

¹⁴ Erscheint nicht, wenn bei Frage 21 die Antwortoption „Gar nicht wichtig“ gewählt wird.

- Zu geringer Deckungsschutz der Versicherung
- Keine bzw. unzureichende Kenntnis des Verwendungszwecks unserer Produkte beim Kunden
- Sonstige Gründe
- Das kann ich nicht beurteilen

21b. Welche Formen der Haftungsbeschränkungen erachten Sie (unabhängig von der Frage ihrer rechtlichen Zulässigkeit) als besonders wichtig? (*maximal zwei Antworten!*)

- Summenmäßige Beschränkung der Haftung
- Ausschluss der Haftung für (bestimmte Formen der) Fahrlässigkeit
- Ausschluss der Haftung für mittelbare Schäden, insb. entgangenen Gewinn
- Ausschluss der Haftung für atypische Schäden
- Ausschluss der Haftung für nicht versicherbare Schäden
- Beschränkung der Haftung für Erfüllungsgehilfen
- Das kann ich nicht beurteilen

22. In ca. wie viel Prozent der Verträge, die Ihr Unternehmen als Anbieter mit Kunden abschließt, vereinbaren Sie Haftungsbeschränkungen?

- ca. 0 %
- ca. 20 %
- ca. 40 %
- ca. 60 %
- ca. 80 %
- ca. 100 %
- Das kann ich nicht beurteilen

22a. Richten Sie die von Ihnen verwandten Haftungsbeschränkungen an den durch die Rechtsprechung konkretisierten Vorgaben der §§ 307 ff. BGB zur Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Kontrolle) aus?*¹⁵

- Nie
- Selten
- Gelegentlich
- Meistens
- Immer
- Das kann ich nicht beurteilen

* Etwa durch die Differenzierung zwischen Kardinalpflichten und sonstigen Pflichten, durch Nichterstreckung der Haftungsbeschränkungen auf die Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit etc.

22aa. Was sind die Gründe, wenn Sie bei der Verwendung von Haftungsbeschränkungen die Vorgaben der AGB-Kontrolle (ganz oder teilweise) außer Acht lassen?¹⁶ (*Mehrfachnennung möglich*)

- Wir gehen davon aus, dass es sich um Individualvereinbarungen handelt, die nicht den Vorgaben der AGB-Kontrolle unterliegen
- Zu geringe juristische Ressourcen
- Die Vereinbarungen unterliegen nicht deutschem Recht, so dass wir die Vorgaben nicht beachten müssen
- Wir nehmen die mögliche Rechtsunwirksamkeit in Kauf, da auch unwirksame Haftungsbeschränkungen unsere Position stärken
- Sonstige Gründe
- Das kann ich nicht beurteilen

¹⁵ Erscheint nicht, wenn bei Frage 22 Antwortoption „ca. 0%“ gewählt wird.

¹⁶ Frage entfällt, wenn bei Frage 22a die Antwortoptionen „Immer“ oder „Das kann ich nicht beurteilen“ gewählt werden.

22b. Was sind die Gründe dafür, dass Ihr Unternehmen als Anbieter (teilweise) keine Haftungsbeschränkungen verwendet?¹⁷ (Mehrfachnennung möglich)

- Wir können die Haftungsbeschränkung gegenüber unseren Kunden nicht durchsetzen
- Die rechtlichen Spielräume sind zu gering
- Das Haftungsrisiko ist gering
- Das Haftungsrisiko wird versichert
- Das Haftungsrisiko wird eingepreist
- In unserer Branche sind Haftungsbeschränkungen unüblich
- Sonstige Gründe
- Das kann ich nicht beurteilen

23. Wird ein Versicherungsschutz für die aus Verträgen mit Ihren Kunden resultierenden Haftungsrisiken angeboten?

- Ja
- Nein
- Eingeschränkt
- Das kann ich nicht beurteilen

23a. Wie häufig sichern Sie die aus Verträgen mit Ihren Kunden resultierenden Haftungsrisiken durch einen solchen Versicherungsschutz ab (in % bezogen auf alle Vertragsschlüsse mit Kunden)?¹⁸

- ca. 0 %
- ca. 20 %
- ca. 40 %
- ca. 60 %
- ca. 80 %
- ca. 100 %

¹⁷ Frage entfällt, wenn bei Frage 22 Antwortoption „ca. 100%“ gewählt wird.

¹⁸ Frage entfällt, wenn bei Frage 23 Antwortoption „nein“ oder „Das kann ich nicht beurteilen“ gewählt wird.

- Das kann ich nicht beurteilen

23aa. Soweit Sie keinen Versicherungsschutz in Anspruch nehmen, was ist der Grund?¹⁹ (Mehrfachnennung möglich)

- Haftungsrisiko ist gering
- Wir schützen uns durch Haftungsbeschränkungen
- Versicherungsschutz ist lückenhaft
- Deckungsschutz zu niedrig
- Risiko ist ganz oder teilweise durch Kunde abgesichert
- Versicherungsschutz ist zu teuer und kann nicht eingepreist werden
- Sonstige Gründe
- Das kann ich nicht beurteilen

24. Ca. wie oft hat sich Ihr Unternehmen in den vergangenen 2 Jahren gegenüber einem Kunden im Schadensfall auf eine Haftungsbeschränkung berufen?

_____ absolute Zahl

- Das kann ich nicht beurteilen / kann ich mich nicht erinnern

24a. In ca. wie viel Prozent der zuvor angegebenen Fälle wurde die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung vom Kunden in Frage gestellt?²⁰

- ca. 0 %
- ca. 20 %
- ca. 40 %
- ca. 60 %
- ca. 80 %
- ca. 100 %
- Das kann ich nicht beurteilen / kann ich mich nicht erinnern

¹⁹ Frage entfällt, wenn bei Frage 23a die Antwortoption 6 (100%) gewählt wird.

²⁰ Frage entfällt, wenn bei Frage 24 Antwortoption „0“ oder „Kann ich nicht beurteilen / kann ich mich nicht erinnern“ gewählt wird.

24aa. Wie sind die Auseinandersetzungen um die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung ausgegangen? (jeweils ungefähre Anteile in % bezogen auf Gesamtzahl der Auseinandersetzungen)²¹

- | | |
|---|-------------------|
| <input type="radio"/> Außergerichtliche Einigung | _____ % der Fälle |
| <input type="radio"/> Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden | _____ % der Fälle |
| <input type="radio"/> Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden | _____ % der Fälle |
| <input type="radio"/> Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden | _____ % der Fälle |
| <input type="radio"/> Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden | _____ % der Fälle |
| <input type="radio"/> (Schieds-)gerichtlicher Vergleich | _____ % der Fälle |
| <input type="radio"/> Kunde hat die Sache nicht weiter verfolgt | _____ % der Fälle |
| Summe | 100 % |
| <input type="radio"/> Das kann ich nicht beurteilen / kann ich mich nicht erinnern | |

II. Abnehmerperspektive²²

Die folgenden Fragen richten sich an Ihr Unternehmen in dessen Rolle als Abnehmer von Leistungen, d.h. sie betreffen Vertragsschlüsse Ihres Unternehmens mit Zulieferern, Dienstleistern, Subunternehmern etc.

25. Wie wichtig ist es für Ihr Unternehmen als Abnehmer, dass ihm seine Vertragspartner unbeschränkt haften?

- Gar nicht wichtig
- Etwas wichtig
- Wichtig

²¹ Frage entfällt, wenn Frage 24a entfällt oder bei Frage 24a die Antwortoption „ca. 0%“ oder „Kann ich nicht beurteilen“ gewählt wird.

²² Die Fragen dieses Abschnitts entfallen vollständig, wenn bei Frage 6 die erste Antwortoption gewählt wird.

- Sehr wichtig
- Das kann ich nicht beurteilen

25a. Warum ist Ihnen die unbeschränkte Haftung Ihrer Lieferanten, Dienstleister, Subunternehmer etc. wichtig?²³ (Mehrfachnennungen möglich)

- Wir können Haftungsbeschränkungen nicht (bzw. nur teilweise) an unsere Kunden weitergeben, weil diese keine Haftungsbeschränkungen akzeptieren
- Haftungsbeschränkungen schaffen beim Vertragspartner Fehlanreize
- Wir können Haftungsbeschränkungen nicht an unsere Kunden weitergeben, weil die Verträge mit Kunden der AGB-Kontrolle unterliegen
- Wir können Haftungsbeschränkungen nicht an unsere Kunden weitergeben, weil es sich bei ihnen um Verbraucher handelt
- Sonstige Gründe

26. In wie viel Prozent der Verträge vereinbaren Vertragspartner gegenüber Ihrem Unternehmen als Abnehmer Haftungsbeschränkungen?

- ca. 0 %
- ca. 20 %
- ca. 40 %
- ca. 60 %
- ca. 80 %
- ca. 100 %
- Das kann ich nicht beurteilen

26a. Welche Formen von Haftungsbeschränkungen werden gegenüber Ihrem Unternehmen als Abnehmer verwandt?²⁴ (Mehrfachnennung möglich)

- Summenmäßige Beschränkung der Haftung
- Ausschluss der Haftung für (bestimmte Formen der) Fahrlässigkeit
- Ausschluss der Haftung für mittelbare Schäden, insb. entgangenen Gewinn

²³ Frage entfällt, wenn bei Frage 25 die Antwortoption „Gar nicht wichtig“ oder „Das kann ich nicht beurteilen“ gewählt wird.

²⁴ Frage entfällt, wenn bei Frage 26 Antwortoption „ca. 0%“ gewählt wird.

- Ausschluss der Haftung für atypische Schäden
- Ausschluss der Haftung für nicht versicherbare Schäden
- Beschränkung der Haftung für Erfüllungsgehilfen
- Das kann ich nicht beurteilen

26b. Wieso akzeptieren Sie Haftungsbeschränkungen Ihrer Lieferanten, Dienstleister, Subunternehmer etc.?²⁵ (Mehrfachnennung möglich)

- Wir können unbeschränkte Haftung nicht durchsetzen
- Wir versichern das Risiko
- Wir gehen von der Unwirksamkeit der Haftungsbeschränkung aus
- Wir geben die Haftungsbeschränkung an unsere Kunden weiter
- Haftungsbeschränkung ist branchenüblich
- Unbeschränkte Haftung würde Preisaufschlag nach sich ziehen
- Risiken sind gering
- Sonstige Gründe
- Das kann ich nicht beurteilen

27. Lassen sich Risiken, die aus pflichtwidrigem Verhalten Ihrer Lieferanten, Dienstleister, Subunternehmer etc. resultieren, durch Ihr Unternehmen versichern?

- Ja
- Nein
- Eingeschränkt
- Das kann ich nicht beurteilen

27a. Wie häufig sichern Sie die Risiken, die aus pflichtwidrigem Verhalten Ihrer Lieferanten, Dienstleister, Subunternehmer etc. resultieren, durch eine

²⁵ Frage entfällt, wenn bei Frage 26 Antwortoption „ca. 0%“ gewählt wird.

Versicherung ab (in % bezogen auf alle Vertragsschlüsse mit Lieferanten, Dienstleistern, Subunternehmern etc.)?²⁶

- ca. 0 %
- ca. 20 %
- ca. 40 %
- ca. 60 %
- ca. 80 %
- ca. 100 %
- Das kann ich nicht beurteilen

27aa. Soweit Sie keinen Versicherungsschutz in Anspruch nehmen, was ist der Grund? (Mehrfachnennungen möglich)²⁷

- Lieferanten, Dienstleister, Subunternehmer etc. haften unbeschränkt
- Versicherungsschutz ist lückenhaft
- Deckungsschutz zu niedrig
- Versicherungsschutz ist zu teuer
- Risiken sind gering
- Das kann ich nicht beurteilen

28. Ca. wie oft hat sich in den vergangenen 2 Jahren ein Lieferant, Dienstleister, Subunternehmer etc. Ihrem Unternehmen gegenüber im Schadensfall auf eine Haftungsbeschränkung berufen?

_____ absolute Zahl

- Das kann ich nicht beurteilen / kann ich mich nicht erinnern

²⁶ Frage entfällt, wenn bei Frage 27 Antwortoption „nein“ oder „Das kann ich nicht beurteilen“ gewählt wird.

²⁷ Frage entfällt, wenn bei Frage 27a die 6. Antwortoption (100%) gewählt wird.

28a. In ca. wie viel Prozent der zuvor angegebenen Fälle hat Ihr Unternehmen die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung in Frage gestellt?²⁸

- ca. 0 %
- ca. 20 %
- ca. 40 %
- ca. 60 %
- ca. 80 %
- ca. 100 %
- Das kann ich nicht beurteilen / kann ich mich nicht erinnern

28aa. Wie sind die Auseinandersetzungen um die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung ausgegangen? (jeweils ungefähre Anteile in % bezogen auf Gesamtzahl der Auseinandersetzungen)²⁹

- Außergerichtliche Einigung _____ % der Fälle
- Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden _____ % der Fälle
- Schiedsgericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden _____ % der Fälle
- Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für wirksam befunden _____ % der Fälle
- Staatliches Gericht hat Haftungsbeschränkung für unwirksam befunden _____ % der Fälle
- (Schieds-)gerichtlicher Vergleich _____ % der Fälle
- Wir haben die Sache nicht weiter verfolgt _____ % der Fälle
- Summe** 100 %

- Das kann ich nicht beurteilen / kann ich mich nicht erinnern

²⁸ Frage entfällt, wenn bei Frage 28 Antwortoption „0“ gewählt wird.

²⁹ Frage entfällt, wenn Frage 28a entfällt oder bei Frage 28a Antwortoption „ca. 0%“ gewählt wird.

D. Umgang mit geltendem Recht, Einschätzung des geltenden Rechts

29. Welcher der nachfolgenden Umstände führt aus Ihrer Sicht dazu, dass eine Haftungsbeschränkung als Individualvereinbarung zu qualifizieren (und damit der AGB-Kontrolle entzogen) ist? (Mehrfachnennung möglich)

- Textliche Änderungen der Haftungsbeschränkung (im Vergleich zu Erstentwurf)
- Von beiden Seiten unterschriebene Vereinbarung, dass es sich um eine Individualvereinbarung handelt
- Intensive Verhandlungen über die Modalitäten der Haftungsbeschränkung
- Berücksichtigung der Haftungsbeschränkung bei der Preisgestaltung
- Durch Haftungsbeschränkung Begünstigter war grundsätzlich bereit, auf die Haftungsbeschränkung zu verzichten
- Intensive Verhandlungen des Vertrages
- Das kann ich nicht beurteilen

30. Wählen Sie bei inländischen Vertragsschlüssen ausländisches Recht (als materiell anwendbares Recht), um die Anwendung der deutschen Vorschriften zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vermeiden?

- Nie
- Selten
- Gelegentlich
- Meistens
- Immer
- Das kann ich nicht beurteilen

31. Kommt es vor, dass bei Vertragsschlüssen mit ausländischen Vertragspartnern diese die Anwendung deutschen Rechts (als materielles Recht) unter Hinweis auf das deutsche Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ablehnen?

- Nie
- Selten

- Gelegentlich
- Meistens
- Immer
- Das kann ich nicht beurteilen

32. Vermeiden Sie im Interesse Ihres Unternehmens bewusst Vertragsverhandlungen, um die Qualifikation von Vertragsklauseln als Allgemeine Geschäftsbedingungen sicherzustellen?

- Nie
- Selten
- Gelegentlich
- Meistens
- Immer
- Das kann ich nicht beurteilen

33. Es ist auf Grundlage des geltenden Rechts klar zu erkennen, ob im Einzelfall eine vertragliche Haftungsbeschränkung der AGB-Kontrolle unterfällt.

- Trifft voll zu
- Trifft eher zu
- Teils teils
- Trifft eher nicht zu
- Trifft überhaupt nicht zu
- Das kann ich nicht beurteilen

34. Das geltende Recht bietet im unternehmerischen Geschäftsverkehr ausreichende Möglichkeiten, die Haftung vertraglich zu beschränken.

- Trifft voll zu
- Trifft eher zu
- Teils teils
- Trifft eher nicht zu
- Trifft überhaupt nicht zu
- Das kann ich nicht beurteilen

Anlage 3

Protokoll des Treffens der Fokusgruppe 1

Vorbereitung der Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit

Treffen am 19.11.2013 in Frankfurt am Main in den Räumen der Kanzlei Greenfort
Rechtsanwälte

I. Teilnehmer

Teilnehmer der Gruppendiskussion unter Leitung von Herrn Prof. Dr. Lars Leuschner
waren:

- Vorsitzender Richter am BGH Wolfgang Ball, VIII. Zivilsenat, Bundesgerichtshof (Karlsruhe)
- Rechtsanwältin Frau Dr. Antje Baumann, Corinius LLP (Hamburg), Mitgliedschaften in der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) und im Hamburg Arbitration Circle e.V.
- Rechtsanwältin Frau Ulrike Gantenberg, Heuking Kühn Lühr Wojtek, (Düsseldorf), Vorstandsmitglied der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) und Mitglied des Ausschusses außergerichtlicher Konfliktbeilegung des Deutschen Anwaltvereins e.V. (DAV), Mitgliedschaft in der International Bar Association (IBA)
- Rechtsanwalt Herr Dr. Daniel Röder, Greenfort, (Frankfurt), Mitgliedschaft in der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS), Richter am Hessischen Anwaltsgerichtshof und Wirtschaftsmediator
- Rechtsanwalt Herr Prof. Dr. Rolf Trittman, Freshfields Bruckhaus Deringer (Frankfurt), Mitglied des Internationalen Schiedsgerichtshofs der ICC in Paris, Vorsitzender des Beirats der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS), Mitherausgeber der Zeitung für Schiedsverfahren (SchiedsVZ)
- Herr Dr. Frederik Meyer, Habilitand und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Marketing von Prof. Dr. Mark Huber
- Frau Dagmar Noll, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Lars Leuschner

II. Einleitung und Erfahrungsbericht

Herr Prof. Leuschner begrüßte die Teilnehmer, stellte das Projektteam vor und erläuterte den Forschungsauftrag sowie die Gründe und das Ziel der Umfrage unter Experten der Schiedsgerichtsbarkeit innerhalb des Projektes.

Die Mitglieder der Fokusgruppe berichten zunächst von ihren Erfahrungen mit der AGB-Kontrolle im Rahmen von Schiedsverfahren. Nach Ausführung der Mitglieder sind Projekt- bzw. Anlagebauverträge, Unternehmenskaufverträge, Lieferverträge, Lizenzvereinbarungen und Vertriebsverträge am häufigsten Gegenstand von Schiedsverfahren. Bezüglich AGB-rechtlichen Fragestellungen äußerten die Teilnehmer, dass ihnen aus eigener Erfahrung keine Fälle bekannt sind, in denen Schiedsgerichte vertraglichen Regelungen unter Hinweis auf die §§ 307 ff. BGB die Wirksamkeit aberkannt haben. Allerdings spiele die AGB-Problematik sehr häufig eine große Rolle. Nach Beurteilung einzelner Mitglieder sei dies in fast oder gar allen Streitigkeiten nach Abschluss von Unternehmenskaufverträgen und Anlagenbauverträgen der Fall. Das Erheben der AGB-Einrede würde oftmals als Missbrauch empfunden, da in der Regel über den Vertrag sehr lange verhandelt worden sei und der Einwand wohl oftmals erhoben würde, um eine bessere Verhandlungsposition, u.U. auch für einen Vergleich, zu erreichen. Streitig sei in der Regel, ob ein „Aushandeln“ vorliege. Dies habe äußerst umfangreiche Schriftsätze zur Folge, in denen ein Verhandeln bzw. das fehlende Verhandeln nachgewiesen werden soll.

Nach den Erfahrungen der Teilnehmer wird in den Schiedsverfahren ein Aushandeln eher bejaht als vor staatlichen Gerichten, so dass man nicht zur Anwendung der §§ 305 ff. BGB gelange. Die Prüfung, ob ein Aushandeln vorliegt, sei äußerst zeit- und damit kostenintensiv.

Eine Flucht ins ausländische Recht ist nach Einschätzung der Teilnehmer eher selten der Fall. Die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung werde vor dem Hintergrund der AGB „Problematik“ jedoch oft angefragt, wenn auch nur ein schwacher Auslandsbezug vorliege.

III. Bestimmung des Adressatenkreises

Herr Prof. Leuschner erläuterte, dass die Umfrage als Online-Umfrage durchgeführt werden solle und die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) zugesagt habe, die entsprechenden Links, die den Zugriff auf den Fragebogen gewähren,

an seine Mitglieder zu verteilen. In der Folge wurde ausführlich diskutiert, ob alle oder nur ein Teil der DIS-Mitglieder in die Umfrage einbezogen werden sollten. Überlegt wurde zunächst, die Links an diejenigen Mitglieder der DIS zu versenden, die eine festzulegende Mindestanzahl von Fällen als Schiedsrichter in einem vorgegebenen Zeitraum betreut haben. Die Gruppe diskutierte, ob eine Beschränkung auf Schiedsrichter als Umfrageteilnehmer erforderlich bzw. zweckmäßig sei. Um eine größere Stichprobe zu erhalten, erschien es sinnvoll, auch Parteivertreter mit in die Umfrage einzubeziehen, so dass allen Mitgliedern der DIS eine Teilnahme ermöglicht werden sollte. Über eine Abfrage der Erfahrung der Teilnehmer könnten dann bei Auswertung der Ergebnisse immer noch die Antworten unerfahrener Teilnehmer aussortiert werden. Eine Befragung von Mitgliedern der so genannten DIS 40 (unter 40 Jährige) wurde hingegen nach Diskussion als nicht sinnvoll erachtet, da hier sehr viele Mitglieder ohne eigene Erfahrung seien (Studenten). Eine Berücksichtigung weiterer Institutionen (z.B. ICC) wurde als nicht erforderlich erachtet, da über die DIS alle Personen erreicht würden, die für die Umfrage relevant sind.

Schließlich wurde angeregt, den Fragebogen gegebenenfalls zusätzlich auch in einer offline-PDF-Version oder als Papierversion zur Verfügung zu stellen. Allerdings wurden auch Zweifel geäußert, ob der damit verbundene Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zu dem möglichen Mehrwert steht.

IV. Zum Inhalt des Fragebogens

Im Folgenden wurde anhand des Entwurfes eines Fragebogens ermittelt, welche Fragen in dem Fragebogen gestellt werden sollten und welche Antwortoptionen erforderlich bzw. sinnvoll sind. Dabei wurde Wert darauf gelegt, dass die Beantwortung der Fragen im Interesse einer hohen Rücklaufquote nicht zu zeitintensiv ist. Insbesondere sollte sichergestellt sein, dass zur Beantwortung der Fragen keine Nachforschungen/Aktenstudium erforderlich sind.

Es bestand Einigkeit darüber, dass bei einigen Fragen als Antwortoptionen sowohl %-Angaben als auch absolute Zahlen ermöglicht werden sollten. Grundsätzlich sollte immer bzw. möglichst oft auch eine Option bei den Antworten enthalten sein, mit der man eine inhaltliche Antwort umgehen kann („weiß ich nicht“ oder „kann ich nicht beurteilen“), um ein Abbrechen der Beantwortung des Fragebogens zu vermeiden.

Bezüglich der Fragen zur Problematik der Rechtswahl regten die Teilnehmer an, die Befragten nicht nur im Hinblick auf ihre Schiedserfahrung zu befragen, sondern auch die Erfahrung als Rechtsberater einzubeziehen.

Es wurde vorgeschlagen, eine Frage in den Fragebogen aufzunehmen, die darauf zielt zu ermitteln, in welchem Umfang die Erhebung der AGB-Einrede missbräuchlich eingesetzt werde.

Anlage 4

Protokoll des Treffens der Fokusgruppe 2

Vorbereitung der Umfrage unter Unternehmensmitarbeitern

Treffen am 6.12.2013 in Berlin in den Räumen des Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V. (DIHK).

I. Teilnehmer

Teilnehmer der Gruppendiskussion unter Leitung von Herrn Prof. Dr. Lars Leuschner waren:

- Rechtsanwältin Frau Dr. Anke Frankenberger, General Counsel Styrolution Group GmbH (Frankfurt)
- Rechtsanwalt Herr Dr. Christian Groß, Referatsleiter Zivilrecht und Justizariat, DIHK (Berlin)
- Rechtsanwalt Herr Dr. Werner Müller, Baker & McKenzie (Frankfurt)
- Rechtsanwalt Herr Dr. Christoph Schäfer, Leiter Recht Gesamtverband der deutschen Textil- und Modeindustrie e.V. (Berlin)
- Rechtsanwalt Herr Christian Vietmeyer, Leiter des Fachbereichs Recht im Wirtschaftsverband Stahl- und Metallverarbeitung (Düsseldorf)
- Herr Dr. Frederik Meyer, Habilitand und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Marketing von Prof. Dr. Mark Huber
- Frau Dagmar Noll, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Lars Leuschner

Rechtsanwalt Herr Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, LL.M., Oppenhoff & Partner (Köln) war aufgrund eines Flugausfalls an der Teilnahme verhindert, hat aber im Vorfeld Anregungen zu Erstellung des Fragebogens gemacht und sich im Anschluss an das Treffen telefonisch berichten lassen.

II. Einleitung

Herr Prof. Leuschner begrüßte die Teilnehmer, stellte das Projektteam vor und erläuterte den Zuschnitt des vom Bundesministerium der Justiz in Auftrag gegebenen Forschungsprojekts. Er betonte, dass der Forschungsauftrag seitens des BMJ bewusst auf die Problematik von Haftungsbeschränkungen und -ausschlüssen begrenzt wurde. Die im Vorfeld von einigen Teilnehmern geäußerte Kritik an dieser Einschränkung wurde zur Kenntnis genommen.

Herr Prof. Leuschner führte aus, dass Ziel des Treffens die Entwicklung eines geschlossenen Fragebogens sei, d.h. eines Fragebogens, bei dem den Adressaten bestimmte Antwortmöglichkeiten vorgegeben werden, aus denen sie auswählen können. Zu diesem Zweck habe er unter Verwendung der von verschiedenen Teilnehmern im Vorfeld eingebrachten Vorschläge einen Entwurf vorbereitet, den er mit den Teilnehmern diskutieren möchte. Die mit dem Fragebogen verfolgte Zielsetzung bestehe primär darin, Fakten zur Vertragsabschlusspraxis von Unternehmen zu ermitteln. Demgegenüber dürfe die Datenerhebung nicht als Meinungsumfrage missverstanden werden.

III. Bestimmung des Adressatenkreises

Es wurde erläutert, dass der DIHK seine Unterstützung bei der Versendung des Fragebogens an Unternehmen zugesagt hat. Die Versendung solle auf Vermittlung des DIHK über die regionalen IHK erfolgen. Die Anonymität der Teilnehmer sei umfassend gewährleistet.

Es wurde intensiv diskutiert, ob auch die Mitarbeiter von Kleinunternehmen mit weniger als zehn Mitarbeitern angeschrieben werden sollen. Es bestand letztlich Einigkeit darüber, dass es kaum möglich sei, einen Fragebogen zu konzipieren, der gleichermaßen die Bedürfnisse von Großunternehmen und Kleinunternehmen angemessen berücksichtige. Insbesondere wurde die Befürchtung geäußert, dass ein zu sehr ins Detail gehende Fragebogen bei den Mitarbeitern von Kleinunternehmen eher auf Unverständnis stoßen könnte und insoweit kaum mit einem nennenswerten Rücklauf zu rechnen sei. Vereinzelt wurde auch der Vorschlag gemacht, unterschiedliche Versionen des Fragebogens für große und kleine Unternehmen vorzusehen. Ein anderer Vorschlag lautete, die Kleinunternehmen ungeachtet des Zuschnitts des Fragebogens mit in die Umfrage einzubeziehen, um sie später nicht vorwerfen

lassen zu müssen, dass diese Interessengruppe nicht um ihre Meinung gefragt worden sei. Herr Prof. Leuschner wies erneut darauf hin, dass der Fragebogen nicht als Meinungsumfrage konzipiert sei, sondern auf die Erlangung von Fakten ziele. Die meisten Teilnehmer stimmten schließlich dem Vorschlag zu, die Umfrage nicht auf Kleinstunternehmen zu erstrecken. Dies sei jedenfalls dann die beste Lösung, wenn im anschließenden Forschungsbericht der entsprechende Zuschnitt der Befragung ausdrücklich offen gelegt würde. Herr Prof. Leuschner bestätigte, dass dies selbstverständlich der Fall sein werde.

Im Anschluss daran wurde diskutiert, ob die Befragung auch auf die Handwerkschaft erstreckt werden soll. Da Handwerker, abgesehen vom Fall einer Doppelmitgliedschaft bei IHK und Handwerkskammer, keine IHK-Mitglieder sind, wurde angeregt, den Fragebogen über den Zentralverband des Deutschen Handwerks e.V. (ZDH) auch an Handwerksbetriebe zu versenden, um diesen eine Teilnahme zu ermöglichen. Vor dem Hintergrund der Entscheidung, Kleinstunternehmen nicht in den Adressatenkreis einzubeziehen, stieß dieser Vorschlag jedoch auf Bedenken. Auch aus dem Bereich des Handwerks, dessen Betriebe im Durchschnitt deutlich weniger als zehn Mitarbeiter beschäftigen, sei nicht mit einer nennenswerten Rücklaufquote zu rechnen. Größere Handwerksbetriebe verfügten ohnehin vielfach über eine IHK-Mitgliedschaft und würden auf diese Weise erreicht.

IV. Zur Art der Befragung

Es wurde vorgeschlagen, zumindest einen Teil als offenen Fragebogen zu gestalten, um den Unternehmen die Möglichkeit zu geben, etwas mitzuteilen. Vor dem Hintergrund, dass eine hohe Teilnehmeranzahl angestrebt wird, wurden hiergegen jedoch erhebliche Bedenken geäußert. Umfangreiche Texteingaben würden zu einer enormen Erhöhung des Auswertungsaufwandes führen, der mit den gegebenen zeitlichen und personellen Ressourcen nicht aufgefangen werden könne. Ferner wurde angeregt, eine freiwillige Teilnahme der Unternehmen, die nicht durch die IHK angeschrieben werden, zu ermöglichen. Dieser Vorschlag stieß jedoch auf Kritik. Die Möglichkeit einer freiwilligen Teilnahme würde dazu führen, dass einzelne Unternehmen/Personen den Fragebogen beliebig oft ausfüllen könnten. Bei einem Versand über die einzelnen IHK könne dies verhindert werden, indem jeder Adressat einen individualisierten Link erhält, der nur die einmalige Teilnahme ermöglicht. Eine Manipulation sei auf diese Weise ausgeschlossen.

V. Zum Inhalt des Fragebogens

In konzeptioneller Hinsicht wurde zunächst besprochen, dass jedes Unternehmen sowohl in seiner Eigenschaft als Nachfrager als auch in der Eigenschaft als Anbieter mit Haftungsklauseln konfrontiert sei. Der Vorschlag von Herrn Prof. Leuschner, beide Perspektiven getrennt voneinander abzufragen, wurde daher grundsätzlich gutgeheißen. Es wurde diskutiert, ob die damit verbundene erhebliche Erweiterung des Fragebogens möglicherweise dessen Komplexität zu stark erhöht. Insoweit wurde auch vorgeschlagen, nach dem Zufallsprinzip einzelnen Adressaten jeweils nur eine der beiden Perspektiven zuzusenden und die Antworten sodann in der Stichprobe zusammenzufügen. Letztlich verständigte man sich darauf, die bezügliche Entscheidung von dem Verlauf der Pretests, mit denen der Fragebogen an Probanden getestet wird, abhängig zu machen.

Ein weiterer grundlegender Diskussionspunkt betraf die Frage, wie mit konzernverbundenen Unternehmen umzugehen sei. Hintergrund war die Erkenntnis, dass sich anhand der den einzelnen IHK zur Verfügung stehenden Daten nicht erkennen lasse, ob die Adressaten konzernverbunden sind oder mehrere Adressaten möglicherweise sogar dem selben Konzern zuzurechnen sind. Man einigte sich darauf, die Konzernzugehörigkeit bzw. die selbständige Tätigkeit am Markt zu Beginn des Fragebogens abzufragen, um auf die diesbezüglichen Ergebnisse im weiteren Verlauf des Fragebogens Rücksicht nehmen zu können.

Im Anschluss wurden die einzelnen Fragen des Fragebogenentwurfs intensiv diskutiert. Die Teilnehmer gaben viele wertvolle Hinweise und Anregungen bezüglich der Formulierung einzelner Fragen aber auch der zur Verfügung zu stellenden Antwortoptionen.