

# Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr

Die Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts stellt ihren Gesetzgebungsvorschlag zur Diskussion.

Die Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr wurde von Wirtschaftsverbänden und Anwaltskanzleien ins Leben gerufen. Sie wird getragen von VDMA, ZVEI, Wirtschaftsanwälten, Rechtswissenschaftlern sowie Syndizi aus Unternehmen.

## Vorschlag für eine Gesetzesänderung

### A. Grundsätzliches

1. Das AGB-Gesetz war ursprünglich als reines Verbraucherschutzgesetz geplant. Auf der Grundlage einer Empfehlung des Deutschen Juristentages von 1974 entschloss sich der Gesetzgeber, die Möglichkeit der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) auf den kaufmännischen Geschäftsverkehr auszudehnen. Dabei bestand Konsens, dass für diesen Bereich eine stärkere Elastizität notwendig sei (so der Gesetzentwurf der Bundesregierung von 1975). Die Notwendigkeit der Differenzierung wurde in § 24 Abs. 2 Satz 2 AGB-Gesetz (jetzt § 310 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz BGB) mit den Worten ausgedrückt:

„Auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.“

Der Gesetzgeber erkannte damals nicht, dass diese Formulierung missglückt war. Tatsächlich folgt der zitierte Wortlaut der Definition des Handelsbrauchs in § 346 HGB. An das Bestehen eines Handelsbrauchs hat die Rechtsprechung aber so hohe Anforderungen gestellt, dass es in der Praxis so gut wie keine Handelsbräuche im Sinne des § 346 HGB mehr gibt. Der zitierte Gesetzestext konnte daher die notwendige Flexibilität und Differenzierung für den kaufmännischen Rechtsverkehr nicht ermöglichen. Dieser Umstand stellt bis zum heutigen Tag ein Hemmnis im Rahmen der kaufmännischen Vertragsgestaltung dar.

Der Bundesgerichtshof (BGH) geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB im kaufmännischen Geschäftsverkehr „Indizien für eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners“ sind (z. B. BGH, NJW-RR 2005, 247 f., 248). Auf dieser Grundlage vermutet die Rechtspraxis im Regelfall, dass im unternehmerischen Geschäftsverkehr die gleichen Standards gelten wie gegenüber Verbrauchern. Dieses Ergebnis widerspricht dem Ziel des Gesetzgebers nach Flexibilität für den kaufmännischen Rechtsverkehr.

Der geschilderte Irrtum des Gesetzgebers muss korrigiert werden.

2. Eine vergleichbar strenge Rechtsansicht vertritt der BGH auch zur Frage des individuellen Aushandelns von Verträgen im Rahmen vorbereiteter Vertragsmuster.

Die hierfür einschlägige gesetzliche Vorschrift des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB lautet derzeit wie folgt:

*„Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.“*

Nach Ansicht des BGH bedeutet Aushandeln mehr als Verhandeln (z. B. BGH, NJW 2005, 2543 f., 2544; NJW 2000, 1110 ff., 1111). Nur wenn jeweils durch Rede und Gegenrede im Einzelfall Vertragsinhalte ernsthaft zur Disposition gestellt werden, scheidet eine Anwendung des AGB-Rechts aus. Dies ist in der kaufmännischen Praxis nicht umsetzbar und wirkt sich als starke Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Flexibilität im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus. Auch insoweit bedarf es einer unternehmensfreundlicheren gesetzlichen Regelung.

3. Im Jahr 2008 gründete sich in Frankfurt eine von deutschen Wirtschaftsverbänden angestoßene „Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts“, die sich eine Korrektur des Gesetzes in den oben genannten Punkten zum Ziel gesetzt hat. Die Zahl der juristischen Veröffentlichungen und Veranstaltungen zu diesem Thema ist seitdem stark angestiegen (vgl. z. B. Berger, NJW 2010, 465 ff.; Kähler, BB 2015, 450 ff.).
4. Die Initiative hat konkrete Vorschläge für eine Gesetzesänderung der einschlägigen Vorschriften (§§ 305 und 310 BGB) ausgearbeitet. Bevor diese im Teil B näher erläutert werden, seien vorab zwei Punkte ausdrücklich betont:
  - a. Die Rechtslage zum wirksamen Schutz der Verbraucher gegen einseitige AGB steht außerhalb jeder Diskussion und ist nicht Gegenstand dieser Vorschläge.
  - b. Auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr kann es ein anerkanntes Schutzbedürfnis geben, insbesondere für Unternehmen, die in der konkreten Situation wirtschaftlich abhängig sind; dies sind oftmals kleine und mittlere Unternehmen. Auf der Basis der hier vorgeschlagenen Gesetzesänderung wird es den Gerichten bei vernünftiger Differenzierung auch künftig möglich sein, schutzbedürftigen Unternehmen den notwendigen Schutz vor unangemessenen Klauseln zu gewähren. Der Schutz, der notwendig ist, soll auch weiterhin sichergestellt werden, aber denjenigen Unternehmen, die mehr Freiheit brauchen, dürfen die Hände nicht länger gebunden werden.
5. Die Initiative sieht sich in ihrer Zielrichtung in Einklang mit dem vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) angestoßenen Projekt "Law made in Germany". In der Erkenntnis, dass das Recht im Zeitalter der ökonomischen Globalisierung ein wichtiger Wirtschaftsfaktor ist, will "Law made in Germany" für die Anwendung deutschen Rechts werben und auch grenzüberschreitend tätige Unternehmen zur Wahl des deutschen Rechts ermutigen. Dieses Ziel ist nur zu erreichen, wenn die AGB-Kontrolle im Bereich des unternehmerischen Geschäftsverkehrs flexibler gestaltet wird, wie es vom Gesetzgeber bei Schaffung des AGB-Gesetzes auch beabsichtigt war. Eine daraus resultierende erhöhte Attraktivität des deutschen Rechts würde auch der in der

Unternehmenspraxis zu beobachtenden Tendenz einer "Flucht" in ausländische Rechtsordnungen entgegenwirken. Das zurzeit gültige AGB-Recht geht an den Bedürfnissen des kaufmännischen Rechtsverkehrs und an den internationalen Standards vorbei. Es schädigt die deutsche Wirtschaft und wirkt sich im Wettbewerb mit ausländischen Unternehmen nachteilig aus.

6. Seit die Frankfurter AGB-Initiative im Januar 2011 erstmals mit ihrem Gesetzesvorschlag an die Öffentlichkeit trat, hat eine lebhafte Diskussion über den Reformbedarf des deutschen AGB-Rechts stattgefunden. Die Justizministerkonferenz der Länder richtete bereits im Mai 2011 eine Aufforderung an das Bundesjustizministerium, sich für eine Änderung des AGB-Rechts einzusetzen. Der Deutsche Juristentag 2012 in München sowie der Deutsche Anwaltstag 2014 in Stuttgart unterstützten das Anliegen der Initiative und forderten ebenfalls eine Änderung des deutschen AGB-Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr. Der Deutsche Anwaltsverein zeigte mit einem eigenen Gesetzesvorschlag Übereinstimmung mit den Zielen der Frankfurter Initiative. Das BMJV sah schließlich Anlass, Herrn Prof. Dr. Leuschner von der Universität Osnabrück mit der Erstellung eines Gutachtens zu beauftragen. Seit Februar 2015 ist das Gutachten öffentlich abrufbar ([http://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht-AGB-Forschungsprojekt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht-AGB-Forschungsprojekt.pdf?__blob=publicationFile)). Grundlage ist eine empirische Untersuchung mit detaillierten Antworten von über 1200 Unternehmen. Das Gutachten vergleicht die Rechtslage in sechs anderen Ländern und beleuchtet branchenübliche AGB-Klauseln einschließlich der relevanten internationalen Standards. Prof. Dr. Leuschner kommt zu dem Ergebnis, dass das deutsche Recht zur AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr weniger Flexibilität lässt als alle anderen untersuchten Rechtsordnungen und dass eine Gesetzesänderung notwendig ist. Die Ergebnisse des Gutachtens bestätigen den von der Frankfurter Initiative von Anfang an herausgestellten Änderungsbedarf, sowohl beim Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle als auch bei der Inhaltskontrolle selbst.

## B. Vorschläge für eine Gesetzesänderung

### I. In § 305 Abs. 1 BGB werden folgende Sätze 4 und 5 angefügt:

*„Werden Vertragsbedingungen gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet, stellen sie keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar, soweit die andere Vertragspartei diesen oder dem Vertragswerk insgesamt aufgrund einer selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidung zustimmt; einer Abänderung des vorformulierten Vertragstextes bedarf es nicht. Satz 4 gilt nicht, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber einem Kleinunternehmen (entsprechend § 267 a HGB) verwendet werden.“*

#### Begründung:

Die derzeit in § 305 BGB enthaltene Definition von AGB ist für den unternehmerischen Geschäftsverkehr zu weit.

Gemäß § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB liegen AGB nur dann nicht vor, "soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind". Diese Abgrenzung zwischen AGB und individuell ausgehandelten Klauseln gilt gleichermaßen für Verträge gegenüber Verbrauchern (B2C = Business to Consumer) wie für Verträge zwischen Unternehmen (B2B = Business to Business). Um einen starken Verbraucherschutz zu gewährleisten, hat die Rechtsprechung die Einschränkung des AGB-Begriffs durch individuelles Aushandeln sehr eng ausgelegt. Da § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB keine Möglichkeit zur Differenzierung lässt, führt das im B2B-Bereich zu unsachgemäßen Ergebnissen.

Nach der Rechtsprechung des BGH kann z. B. „allenfalls unter besonderen Umständen“ ein Vertrag auch dann als Ergebnis eines „Aushandelns“ gewertet werden, wenn es nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibt (BGH, NJW 2003, 1805, 1807; BGH, NJW 2000, 1110 ff., 1111). Es besteht nach dieser Rechtsprechung die Gefahr, dass selbst dann, wenn die Unternehmen lange verhandelt haben, die im Vertrag enthaltenen Klauseln später von den Gerichten dennoch als AGB eingestuft und gegebenenfalls für unwirksam befunden werden. Diese Rechtslage widerspricht den Bedürfnissen des unternehmerischen Geschäftsverkehrs.

Der Vorschlag der Initiative zur Einfügung der neuen Sätze 4 und 5 in § 305 Abs. 1 BGB trägt diesen Umständen Rechnung, indem er eine sachgerechte Differenzierung ermöglicht.

1. Der Vorschlag betrifft ausschließlich den Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen. Zu dessen Definition greift der Vorschlag auf denselben Passus zurück, der in § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB enthalten ist, nämlich die Verwendung "gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen". Damit soll klargestellt werden, dass hier

keine Abweichung von dem in § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB geregelten Anwendungsbereich vorliegt. Für B2C-Verträge und damit für den Verbraucherschutz ergeben sich durch den Vorschlag keine Änderungen an der bisherigen Rechtslage.

2. Im B2B-Bereich soll künftig für die Abgrenzung zwischen AGB und Individualvereinbarung auf die "selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung" abgestellt werden. Damit knüpft der Vorschlag an den in Rechtsprechung und Literatur zum AGB-Recht anerkannten Grundsatz an, dass zur Abgrenzung zwischen AGB und Individualvereinbarung auf den Maßstab der "Selbstbestimmung" abzustellen ist (vgl. BGH, NJW 2005, 2543, 2544; BGH, NJW 1991, 1678, 1679; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, § 305, Rn. 48; Heinrichs, NJW 1977, 1505 ff., 1508). Auch in der Begründung zum Entwurf des AGB-Gesetzes von 1975 war bereits von einer "selbstverantwortlichen Prüfung [und] Abwägung" die Rede (BT-Drs. 7/3919, S. 17). Dieser Maßstab soll nun für den B2B-Bereich dadurch ergänzt werden, dass eine "selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung" verlangt wird. An Unternehmer können gewisse erhöhte Anforderungen gestellt werden. So darf von ihnen grundsätzlich erwartet werden, dass sie Vertragstexte prüfen und gegebene Verhandlungsmöglichkeiten nutzen (vgl. Berger, ZIP 2007, 2149 ff., 2152; Kessel/Jüttner, BB 2008, 1350 ff., 1352).
3. Die Bezugnahme auf eine "selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung" ermöglicht den auch zwischen Unternehmern notwendigen Schutz des Schwächeren. Wenn die andere Vertragspartei für eine selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung in der konkreten Situation keinen Raum hat, handelt es sich eben nicht um eine Individualvereinbarung, so dass eine gerichtliche Inhaltskontrolle des Vertrages möglich ist.
4. Indizien für das „im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu beurteilende“ Vorliegen einer „selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidung“ der anderen Vertragspartei können insbesondere sein:
  - Vertragsverhandlungen über einen längeren Zeitraum,
  - ein früherer Abschluss inhaltsgleicher Bedingungen,
  - die Aufnahme von Änderungswünschen in den Vertragstext,
  - Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis der rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der vorformulierten Vertragsbedingungen,
  - Beistand durch juristische Beratung,
  - Unternehmensgröße.
5. Die Diskussionen der letzten Jahre haben gezeigt, dass kleine Unternehmen in der strengen gerichtlichen AGB-Kontrolle einen für sie unverzichtbaren Schutzwall sehen. Die Frankfurter Initiative will den Schutz, der notwendig ist, auch weiterhin gewährleisten. Deshalb ist der ursprüngliche Vorschlag dahingehend präzisiert, dass die Gesetzesänderung in diesem Punkt nicht auf Kleinstunternehmer angewendet werden soll. Für die Definition des Kleinstunternehmers ist auf § 267 a HGB Bezug genommen, aber nur "entsprechend", denn natürlich soll die Regelung nicht auf die dort angesprochenen "Kleinstkapitalgesellschaften" beschränkt sein.

6. Eine „selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung“ liegt in der Regel auch dann vor, wenn die andere Vertragspartei vor Vertragsschluss „zu einzelnen Klauseln oder zum Vertragswerk insgesamt“ keine Änderungsvorschläge unterbreitet, obwohl sie hierzu die Möglichkeit hat.
7. Eine „selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung“ ist ferner anzunehmen, wenn das Vertragswerk insgesamt akzeptiert wird, weil etwaige Nachteile durch Vorteile an anderer Stelle des Vertrages ausgeglichen werden. Dies ermöglicht Paketlösungen, wie z. B. das im unternehmerischen Verkehr übliche Einpreisen von Risiken.
8. Der zweite Halbsatz in Satz 4 stellt klar, dass eine „selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung“ unabhängig davon zu beurteilen ist, ob der vorformulierte Vertragstext letztlich abgeändert wurde oder nicht. Auch längere Verhandlungen können damit enden, dass sich die Vertragsparteien im Ergebnis auf den ursprünglichen Wortlaut einigen. Schon die Begründung zum AGB-Gesetz sah vor, dass „eine Änderung des vom Klauselverwender ursprünglich vorgeschlagenen Wortlauts der Vertragsbestimmungen keineswegs Voraussetzung für die Annahme einer Individualvereinbarung ist“ (Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 6.8.1975, BT-Drs. 7/3919, S. 17).
9. Die zwischenzeitliche Diskussion über den vorliegenden Gesetzesvorschlag zeigte teilweise auch deutliche Kritik an der Figur einer „selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidung“, da mit ihr ein neuer unbestimmter Rechtsbegriff eingeführt würde, der von der Rechtsprechung erst noch über Jahre mit Leben erfüllt werden müsse. Die Initiative ist sich dessen bewusst. Sie ist jedoch überzeugt, dass anhand der oben genannten Kriterien sehr rasch ein klares Bild dieses Rechtsbegriffes entstehen wird, der flexibel genug ist, um die von Kritikern befürchtete Aufweichung des AGB-Rechts zu vermeiden. Schutzbedürftige Unternehmen sollen auch künftig nicht rechtlos gestellt werden.

## II. § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB wird wie folgt neu gefasst:

*„§ 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 findet in den Fällen des Satzes 1 mit der Maßgabe Anwendung, dass lediglich solche Vertragsbestimmungen unangemessen sind, die entgegen den Geboten von Treu und Glauben von guter unternehmerischer Praxis grob abweichen.“*

### Bisheriger Wortlaut:

*„§ 307 Abs. 1 und 2 findet in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 308 und 309 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.“*

Begründung:

§ 310 Abs. 1 BGB enthält die maßgeblichen Regelungen zur Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr. Die Bedürfnisse des Handelsverkehrs verlangen nach einer differenzierten AGB-Prüfung. Diesem Erfordernis wird die bisherige Regelung nicht gerecht. Der Verweis auf "die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche" - mit diesen Worten sind in § 346 HGB die Handelsbräuche definiert - ist nicht geeignet, den Besonderheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs Rechnung zu tragen. Dies war offensichtlich ein unbeabsichtigter Fehler des Gesetzgebers. Denn zum einen gibt es seit jeher fast keine anerkannten Handelsbräuche und zum anderen sind solche auch in Zukunft - insbesondere im internationalen Geschäftsverkehr - kaum zu erreichen. Der vorgeschlagene neue Wortlaut trägt diesem Umstand Rechnung und erlaubt eine größere Flexibilität.

1. Ausschlaggebend ist auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr nach wie vor der Grundsatz von Treu und Glauben. Es soll nicht jedwede Gepflogenheit maßgeblich sein; durch den Hinweis auf Treu und Glauben und gute unternehmerische Praxis fließt ein materieller Gerechtigkeitswert ein.
2. Der Wertungsmaßstab für die Beurteilung von Vertragsbestimmungen orientiert sich an den jeweils bestehenden Verhältnissen des unternehmerischen Geschäftsverkehrs. Die maßgebliche Rolle bei der Beurteilung von Verträgen spielen daher die Modalitäten der unternehmerischen Praxis. Dies schafft Flexibilität bei der Bewertung unterschiedlicher kaufmännischer Lebenssachverhalte. Der Vorschlag steht insoweit in Einklang mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zum AGB-Gesetz vom 6.8.1975, wonach ausdrücklich beim kaufmännischen Rechtsverkehr auf eine „stärkere Elastizität der für ihn maßgeblichen vertragsrechtlichen Normen“ zu achten sei.
3. Die Klauselverbotskataloge der §§ 308 und 309 BGB, die schwerpunktmäßig für den nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr gelten, besitzen künftig keine Indizwirkung mehr für B2B-Verträge.
4. Die Neuformulierung ermöglicht es, auch auf neutraler Ebene - z. B. durch Wirtschaftsverbände - erarbeitete Vertragsbedingungen zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für die Nutzung von Bedingungen im internationalen Geschäftsverkehr. Gerade an dieser Stelle liegt eine der größten Schwächen des geltenden deutschen AGB-Rechts und einer der gravierendsten Nachteile des deutschen Rechts im internationalen Wettbewerb. In seinem bereits erwähnten, für das BMJV erstellten Gutachten hat Prof. Dr. Leuschner im Hinblick auf zahlreiche wichtige Vertragstypen dargelegt, dass die einschlägigen international üblichen Standardbedingungen nach deutschem AGB-Recht unzulässig sind.
5. Eine unwirksame Vereinbarung liegt nur dann vor, wenn sie von guter unternehmerischer Praxis grob abweicht. Dadurch wird sichergestellt, dass nicht jede - auch noch so geringfügige - Abweichung zur Unwirksamkeit von

Vertragsbestimmungen führt. Dies schafft Rechtssicherheit. Der Schutz vor überraschenden Klauseln nach § 305c BGB bleibt aber unberührt.

6. Die Regelung des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB bleibt ebenfalls unberührt. Das Transparenzgebot soll auch im B2B-Bereich weiterhin gelten.
7. Mit dem Hinweis auf eine „grobe Abweichung von guter unternehmerischer Praxis“ folgt der vorgeschlagene Text dem Draft Common Frame of Reference für ein Europäisches Vertragsrecht (Art. II.-9: 405), der Europäischen Zahlungsverzugsrichtlinie von 2011 (Art. 7 Abs. 1 lit. a) und dem Vorschlag für ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht von 2011 (Art. 86 Abs. 1 lit. b). Die Neuformulierung des § 310 BGB wäre damit auch ein wichtiger Schritt zur Europäisierung und Modernisierung des BGB.

Frankfurt am Main  
im April 2015